

# Revue de DROIT

## UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

**Volume 28 – Numéro 1-2**

**Année :** 1997-1998

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12745>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12745>

*Page vide laissée intentionnellement.*

<b>DROIT DE LA FAMILLE À L'AUBE DU 20E SIÈCLE : LA MARCHÉ VERS L'ÉGALITÉ .....</b>	<b>3</b>
Par Claire L'HEUREUX-DUBÉ	
<b>TRANSITIONS FAMILIALES ET DÉVELOPPEMENT DE L'ENFANT : LES ENJEUX POUR L'INTERVENTION .....</b>	<b>19</b>
Par Richard CLOUTIER	
<b>LE TRAVAIL EN ÉQUIPE DANS LA CADRE DE LA FORMATION JURIDIQUE : UNE FORMULE PÉDAGOGIQUE UTILE? .....</b>	<b>41</b>
Par Pierre-Claude LAFOND Jean-Pierre VILLAGGI	
<b>POUVOIR JUDICIAIRE ET CODIFICATION : PERSPECTIVE HISTORIQUE .....</b>	<b>67</b>
Par Marie-Claire BELLEAU	
<b>LES MÉDIAS ÉCRITS ET LE PROCESSUS D'ÉMERGENCE DE LA LOI 120.....</b>	<b>125</b>
Par Daniel DUCHARME Anne MARCOUX Guy ROCHER Andrée LAJOIE	
<b>ANALYSE COMPARATIVE DE DEUX SYSTÈMES D'ENQUÊTES PUBLIQUES : L'AFFAIRE DU SANG CONTAMINÉ (CANADA-FRANCE).....</b>	<b>151</b>
Par Anne-Marie SAVARD Caroline SIMARD	
<b>LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE RÉSULTAT DES RÈGLES DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL .....</b>	<b>215</b>
Par Maurice DRAPEAU	
<b>Chronique</b>	
<b>LE PATRIMOINE FAMILIAL : ASPECTS CIVILS ET FISCAUX.....</b>	<b>257</b>
Par Carmen LAVALLÉE Luce SAMOISSETTE	
<b>Notes bibliographiques</b>	
<b>LE FÉDÉRALISME DE DEMAIN : RÉFORMES ESSENTIELLES .....</b>	<b>285</b>
Par René PÉPIN	
<b>LA PLACE DE LA FAMILLE EN DROIT QUÉBÉCOIS.....</b>	<b>291</b>
Par Carmen LAVALLÉE	

*Page vide laissée intentionnellement.*

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** DROIT DE LA FAMILLE À L'AUBE DU 20<sup>e</sup> SIÈCLE : LA MARCHÉ VERS L'ÉGALITÉ

**Auteur(s) :** Claire L'HEUREUX-DUBÉ

**Revue :** RDUS, 1997-1998, volume 28, numéro 1-2

**Pages :** 3-18

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12735>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12735>

*Page vide laissée intentionnellement.*

# DROIT DE LA FAMILLE À L'AUBE DU 20<sup>e</sup> SIÈCLE : LA MARCHÉ VERS L'ÉGALITÉ\*

par Claire L'HEUREUX-DUBÉ\*\*

## Introduction

Je me réjouis de pouvoir partager avec vous aujourd'hui quelques réflexions sur un sujet qui me tient à coeur: l'égalité en droit de la famille. Je suis très heureuse d'avoir l'occasion de participer à ce colloque, qui témoigne de notre engagement et de notre intérêt communs dans l'évolution de cet aspect particulier du droit.

L'érosion de la famille traditionnelle, où le mari et la femme jouent respectivement le rôle de pourvoyeur économique et de soutien affectif envers leurs enfants biologiques, est généralement considérée comme le fil conducteur d'une bonne partie du débat contemporain, tant juridique que politique, entourant la famille.<sup>1</sup> En fait, au coeur de la plupart des questions de l'heure en droit de la famille se retrouvent les difficultés économiques, affectives et souvent physiques d'un nombre croissant d'enfants et de parents, voire de personnes qui aspirent à être parents, qui s'inscrivent mal dans l'archétype familial traditionnel.

La notion de famille et la définition des relations tissées en son sein ont subi de profonds changements, non seulement en Amérique du Nord, mais partout dans le monde.<sup>2</sup> L'évolution marquée du rôle des femmes dans la vie familiale, la main-d'oeuvre et la société en général, la hausse dramatique du taux de divorces, l'augmentation du nombre des unions de fait et des familles monoparentales (dont la vaste majorité ont à leur tête une femme), la pauvreté systémique des femmes et des jeunes, voilà autant de courants qui, entremêlant

---

\*. Allocution prononcée dans le cadre des Journées de formation pluridisciplinaire Charles-Coderre, Faculté de droit, Sherbrooke, Mai 1998.

\*\* Juge à la Cour suprême du Canada.

1. J. Carbone, «Morality, Public Policy and the Family: The Role of Marriage and the Public/Private Divide» (1996) 36 *Santa Clara L. Rev.* 267 à la p. 268; voir également N. Bala, «The Evolving Canadian Definition of the Family: Towards a Pluralistic and Functional Approach» (1994) 8 *Int'l J.L. & F.* 293.

2. J. Bruce, *Families in Focus: New Perspectives on Mothers, Fathers, and Children*, New York, Conseil de la population, 1995.

le social et l'économique, font désormais partie de notre univers quotidien.<sup>3</sup> La visibilité croissante des couples formés de personnes de même sexe et les possibilités nouvelles offertes par la procréation artificielle contribuent aussi à estomper l'image mythique de la famille traditionnelle. Dans ce contexte mouvant, les États à travers le monde en sont venus à reconnaître qu'il est de leur devoir de veiller à ce que le bien-être des enfants, souvent les plus vulnérables aux transformations subies par l'unité familiale, ne soit pas menacé par le souffle du changement social et économique.<sup>4</sup>

Que l'évolution des réalités familiales pose de nouveaux défis au droit familial comme aux autres disciplines du droit n'a donc rien de surprenant. Dans un environnement social empreint d'incertitude, où la notion même de famille est controversée, j'ai l'intime conviction que si nous voulons être fidèles à notre engagement d'oeuvrer à l'amélioration du droit et donc de la justice, notamment en droit de la famille, il nous faut axer l'évolution et les réformes juridiques sur la notion d'égalité. Notre désir d'égalité prend racine dans notre désir de justice. Car inégalité égale injustice. De l'inégalité et de l'injustice découle l'oppression, et l'oppression n'a pas sa place dans la société que nous tentons de façonner pour l'avenir. C'est pourquoi nous devons, en tant que juristes, travailler main dans la main pour faire en sorte que le système du droit de la famille ne demeure pas en marge de la réalité que vivent les hommes, les femmes et les enfants qui en ont le plus besoin.

Aussi mes commentaires aujourd'hui s'attacheront-ils à l'égalité comme objectif ultime visant à faire en sorte que l'interprétation et l'application des règles de droit dans le domaine des affaires familiales reflètent notre idéal de justice. Au Canada, cet idéal est, de manière incontestable, consacré à

- 
3. Pour des statistiques canadiennes, voir P. La Novara, *Un portrait des familles au Canada*, Ottawa, Statistique Canada, 1993; C. Lochhead, D. Hubka et K. Boyuk, *Importance, composition, et caractéristiques économiques des familles reconstituées, en union libre et monoparentales au Canada et dépenses de garde d'enfants des familles*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 1994.
  4. Divers documents internationaux, tels la *Déclaration des droits de l'enfant* de 1959, la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de 1980, ainsi que la *Convention relative aux droits de l'enfant* de 1989, illustrent la sensibilité internationale croissante pour les questions touchant les enfants, laquelle a inspiré les juges et les législatures de plusieurs pays.



l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*,<sup>5</sup> ainsi que par la Charte québécoise des droits et libertés de la personne,<sup>6</sup> lesquels constitutionnalisent le droit de toute personne d'être traitée sans discrimination.

Bien que le droit de la famille n'ait pas été traditionnellement considéré comme lié au droit à l'égalité, je crois que la notion d'égalité sous-tend la tendance moderne dans ce domaine. Nier l'existence de cet élément qu'est le droit à l'égalité en droit de la famille revient à trivialisier les inégalités très réelles subies en majorité par les femmes et les enfants par suite d'interprétations et d'applications de ce droit encore récemment largement androcentriques.

Certes, la relation entre égalité et droit de la famille s'est affinée au Canada au cours des dix années écoulées depuis l'entrée en vigueur de l'article 15. Mais si l'évolution enregistrée dans ce domaine m'apparaît fort encourageante, il n'en reste pas moins qu'une bonne partie du débat ayant cours au pays sur la direction qu'il convient d'imprimer à la politique judiciaire en réponse aux attitudes sociales et aux réalités familiales mouvantes s'attache encore à une forme particulière de cadre familial<sup>7</sup> et, lorsque des enfants sont en cause, à une certaine compréhension de ce qui est dans leur intérêt.<sup>8</sup> C'est peut-être là le signe que nous ne sommes pas encore parvenus à la pleine reconnaissance de l'égalité en droit de la famille canadien. Cet objectif exige, et c'est là mon propos, que nous prenions connaissance du contexte social dans lequel s'inscrivent les questions en matière de droit de la famille. Dans cette perspective, la connaissance d'office des données et des recherches existantes en sciences sociales peut s'avérer une aide précieuse dans la marche des tribunaux vers l'égalité.

Avant d'aller plus loin, nous devons nous soumettre à un exercice que j'appellerais «apprendre à parler la langue de l'égalité».

- 
5. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.
  6. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.
  7. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.
  8. *W. (V.) c. S.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108 [ci-après *W. (V.)*], et *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27 [ci-après *Gordon*].

### **Apprendre à parler la langue de l'égalité**

La première idée que j'aimerais élaborer avec vous est que l'égalité est un mot qui, en soi, ne veut rien dire. Il n'a pas de sens universellement reconnu, inhérent ou intrinsèque. Dans cette veine, il est utile, je crois, de considérer l'égalité comme une langue semblable à toutes les autres, avec ses règles de grammaire et de syntaxe, ses nuances, ses exceptions et ses dialectes. Mais avant tout, la langue n'est pas simplement un moyen de communication. C'est l'expression de normes, d'attitudes et de cultures. Apprendre une langue et apprendre une culture vont de pair. Mes remarques d'aujourd'hui s'inspirent d'un certain optimisme: j'estime en effet que, dans son état actuel, le droit de la famille a déjà largement dépassé la compréhension de base de la langue de l'égalité. En revanche, gardons-nous de penser que nous parlons couramment cette langue alors que, dans les faits, ce n'est pas le cas.

Il est à la fois juste et ironique d'affirmer que le Canada, pays formé presque exclusivement d'immigrants et d'étrangers, est aujourd'hui un chef de file relativement à cette nouvelle langue et cette nouvelle façon de penser. Comme nombre d'immigrants qui sont venus, et continuent de venir dans notre pays, les universitaires, les avocats et les juges d'aujourd'hui acceptent pleinement l'obligation d'apprendre une langue qui les aidera à affronter l'avenir. Et par-dessus tout, si nous savons depuis longtemps qu'il existe différentes façons de parler la langue de l'égalité, ce n'est que récemment et après moult tergiversations que nous nous sommes finalement engagés à apprendre à parler en termes d'égalité substantielle plutôt qu'en termes d'égalité formelle.<sup>9</sup>

On ne conteste plus maintenant au Canada l'idée que, malgré le caractère comparatif du concept d'égalité, celui-ci n'exige pas toujours que tous soient traités de la même façon. En fait, il exige parfois que les gens soient traités différemment. Contrairement en effet à sa contrepartie américaine, notre *Charte* ne consacre pas simplement le droit d'être «égal». Elle consacre le droit à «l'égalité indépendamment de toute discrimination». À mon avis, le fait de reconnaître qu'égalité et discrimination sont inextricablement liées revêt une

---

9. Pour une critique de l'égalité formelle en matière de droit de la famille, voir M. A. Fineman, «Masking Dependency: The Political Role of Family Rhetoric» (1995) 81 *Va. L. Rev.* 2181 aux pp. 2201-2203.

grande importance. C'est le signe d'une meilleure compréhension des valeurs qui sous-tendent la notion d'égalité. Car l'égalité ne consiste pas seulement en une égalité de traitement. Ce n'est pas non plus une équation mathématique à résoudre. Il s'agit plutôt d'égalité dans la dignité humaine et la pleine appartenance à la société, d'égalité dans l'estime de soi ainsi que d'égalité dans la considération et le respect. Telles sont les valeurs qui sous-tendent la notion d'égalité.

Notre tâche est de revoir ces postulats sous-jacents, de regarder par delà les confins du droit, et d'oser le changement en cas d'incompatibilité. Essayer de penser dans la nouvelle langue. Comme le savent tous ceux d'entre nous qui ont essayé d'apprendre une langue seconde, apprendre à penser dans cette langue est probablement le pas le plus important à franchir pour parvenir à la compréhension de la langue, et c'est de cette compréhension dont nous avons besoin pour la parler couramment.

J'ai dit précédemment qu'en termes d'apprentissage de l'égalité, nous sommes tous encore des étudiants. J'ajoute que l'apprentissage est particulièrement difficile parce qu'il s'agit davantage d'auto-enseignement que de transmission de connaissances par quelqu'un qui possède déjà la langue. Heureusement, nous n'apprenons pas dans un vacuum. Notre pierre de Rosette, notre clé pour parvenir à la compréhension réside dans nos expériences sociales passées, dans la réalité présente des moins fortunés, dans les aspirations futures de tous. Et encore, le travail ne s'arrête-t-il pas là. À notre tâche d'abolir les barrières, d'apprendre une nouvelle langue et de remettre en cause les postulats sous-tendant certaines de nos plus anciennes et vénérables institutions, s'ajoute en effet, implicitement, la tâche de reconstruire ce que nous avons démantelé.

D'où vient donc cette nouvelle langue? La notion d'égalité a évolué de façon importante depuis sa conception. Elle a changé à mesure que s'est aiguisée notre conscience comme société et que nous sommes devenus de plus en plus sensibles au fait que souvent les éléments constitutifs de la société ne correspondaient pas aux valeurs et aux structures de pouvoir de la race blanche, dominée par les hommes, auxquelles ces éléments étaient censés obéir. Bien que les Révolutions américaine et française se soient inspirées du discours égalitaire, il s'agissait manifestement d'un dialecte différent du nôtre puisqu'il ne semblait s'appliquer ni aux femmes ni aux esclaves du sud des États-Unis. Avec

le temps, toutefois, à mesure que s'est raffiné notre usage de la langue, les cas flagrants d'inégalité ont commencé à disparaître. Nous avons assisté à l'abolition de l'esclavage, à l'émancipation des femmes grâce au droit de vote, de détenir des charges publiques, et de conserver leurs biens au moment du mariage, pour n'en nommer que quelques-uns. Les lois adoptées au cours des quarante dernières années en matière de droits de la personne au Canada, aux États-Unis, en Europe et aux Nations Unies, ont contribué à solutionner les cas flagrants et les cas intentionnels de racisme, de sexisme ou d'antisémitisme.

Toutefois, la tâche d'extirper l'inégalité et l'injustice de notre société se situe aujourd'hui sur un plan plus élevé, un plan où l'inégalité et la discrimination ne découlent pas tant des intentions positives d'une personne donnée que de l'implication d'actions souvent innocentes. C'est sur ce plan élevé que s'est maintenant transporté le principal champ de bataille des litiges mettant en cause les droits à l'égalité garantis par la *Charte*. Sur ce champ de bataille intellectuel, nous ne pouvons avancer que si nous connaissons le terrain et que nous l'intégrons à notre mode de pensée, au lieu de s'y traîner avec les souliers usés de postulats jamais remis en question.

Ces postulats, je le souligne, sont profondément ancrés dans nos institutions actuelles. Les observations de John Stuart Mill se vérifient plus que jamais: la domination, disait-il, apparaît naturelle à celui qui l'exerce, et le droit transforme insidieusement le fait de la domination en une garantie juridique. L'inégalité a investi certaines de nos plus chères et de nos plus anciennes lois et institutions. Il est donc de notre devoir de réexaminer nos postulats, nos institutions et de revoir nos lois, en gardant toujours à l'esprit la réalité de ceux que la «nature» n'a pas placés en situation de domination. Telle est la promesse d'égalité substantielle qui découle de l'article 15 de notre *Charte*.

### **La connaissance d'office en matière de droit de la famille<sup>10</sup>**

Cela m'amène à un autre sujet qui m'est cher: l'importance névralgique du contexte social en droit de la famille et l'incidence de la connaissance d'office comme moyen d'assurer la marche vers l'égalité dans ce domaine.

---

10. Pour une analyse plus poussée, voir C. L'Heureux-Dubé, «Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context» (1994) 26 *R. D. Ottawa* 551.

En matière familiale, le droit a toujours dû se frayer un chemin étroit entre les considérations de cohérence, d'équité, de discrétion et d'objectivité. De façon générale, toutefois, l'objectivité peut, si elle est mal conçue, s'avérer plus nuisible qu'utile dans la quête ultime de la vérité à laquelle est voué notre système de justice. En droit de la famille, le danger de s'en remettre aux vertus mythiques de l'objectivité n'est en effet que trop apparent. Plus que dans toute autre discipline du droit, les juristes discutent, débattent ou décident de questions qui mettent souvent en cause les aspects les plus importants et les plus intimes de la vie quotidienne. Pourtant, la plupart d'entre nous n'avons jamais personnellement vécu d'expériences semblables à celles des personnes dont les intérêts sont en jeu. En conséquence, à travers notre perception limitée du monde, laquelle n'est pas forcément la bonne ni la seule, il faut s'efforcer d'apprécier leur situation et d'interpréter le droit qui leur est applicable.

Notre compréhension de la règle de droit passera le plus souvent par la subjectivité inhérente du prisme de nos expériences personnelles. Son interprétation et son application ne peuvent donc être neutres que dans la mesure où nos valeurs le permettent. Aussi convient-il, à mon sens, de reconnaître le fait que les valeurs colorent l'ensemble de ce processus et peuvent en influencer le résultat. Il importe de faire en sorte qu'en prenant connaissance du contexte social dans lequel s'insère la règle de droit, nos perceptions se rapprochent le plus possible de celles des personnes sur lesquelles les opinions que nous exprimons, à titre d'universitaires, d'avocats ou de juges, ont les répercussions les plus profondes.

Pour reprendre les mots du juge en chef Warren Burger de la Cour suprême des États-Unis, «la réalité peut réfuter ce que le droit considère comme un postulat de base».<sup>11</sup> Dans la sphère du droit familial, la preuve des réalités sociales — parfois appelée preuve du cadre social — peut jouer un rôle à la fois important et nécessaire en combattant les mythes et stéréotypes populaires. Mais surtout, le recours plus explicite à cette preuve par les universitaires, les avocats et les juges peut faire en sorte de diminuer la possibilité que ces mythes et stéréotypes se transforment, *de facto*, en conclusions de droit, même lorsque

---

11. *Parham c. J.R.*, 442 U.S. 584 à la p. 602 (1979), traduction de : «experience and reality may rebut what the law accepts as a starting point;...».

ces conclusions défient la réalité sociale. Ainsi, le renvoi au contexte social peut jeter un éclairage pertinent sur des questions telles que les conséquences économiques de la séparation ou du divorce sur les ex-conjoints, la valeur monétaire du travail domestique, les coûts réels afférents à l'entretien et à l'éducation des enfants, le rôle du principal dispensateur de soins dans la famille («primary caregiver») et le lien entre les droits d'accès et le bien-être des enfants, l'impact du conflit parental sur les enfants ou la réalité des unions de personnes de même sexe. En imprégnant le droit de la famille du contexte social, nous nous assurons qu'il soit tenu compte du point de vue et des intérêts de toutes les parties concernées - hommes, femmes et enfants. Comme je l'ai écrit ailleurs<sup>12</sup> :

«[La] méthode "contextuelle" tente de s'attaquer au problème du privilège et de saisir la diversité des expériences humaines. Lorsque des questions sont examinées dans leur contexte, il devient évident que certaines présumées "vérités objectives" peuvent correspondre seulement à la situation d'un groupe donné dans la société et peuvent, en fait, être entièrement inadéquates relativement à la situation d'autres groupes.»

Il ne fait aucun doute dans mon esprit que l'honnêteté intellectuelle dont procède cette méthode contextuelle est conforme non seulement à notre aspiration à la vérité et à l'égalité, mais également à l'important rôle que joue l'ordre judiciaire dans le développement du droit et des politiques judiciaires. Au Canada, depuis l'avènement des *Chartes*, il n'est plus possible de nier qu'en se prononçant sur des questions de droit ou de politique judiciaire, les juges ne font pas simplement reconnaître ou dégager passivement les règles de droit que dictent les précédents ou les principes, mais exercent un rôle créateur. Bien que ce constat soit depuis longtemps reconnu aux États-Unis, il n'a commencé que récemment à s'imposer de façon irréfutable aux tribunaux et aux commentateurs canadiens.

Dans cette perspective, il m'apparaît crucial que tous les intervenants en matière de droit de la famille reconnaissent l'importance de la preuve du cadre social et en admettent l'utilisation. Plus les universitaires et les praticiens reconnaîtront la contribution active des juges à la création du droit, plus ces

---

12. *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 826 [ci-après *Symes*].

derniers ressentiront la nécessité et le besoin de dévoiler les postulats sur lesquels ils fondent leurs décisions. L'image que les tribunaux auront ainsi été amenés à avoir d'eux-mêmes pourra, en retour, influencer fortement sur le rôle et l'incidence de la connaissance judiciaire du contexte social en droit de la famille.

La preuve du cadre social peut revêtir diverses significations selon les contextes. En droit de la famille, plusieurs aspects spécifiques contribuent à la nécessité pour les tribunaux de prendre connaissance d'office des réalités sociales propres à ce domaine. J'ai déjà évoqué l'importante répercussion du recours à la preuve du cadre social en ce qui a trait au droit à l'égalité. Viennent, immédiatement après, les considérations économiques. Nous ne pouvons en effet ignorer que dans les instances en droit familial, les parties ne peuvent, pour la plupart, s'offrir le luxe de longs procès, de batailles d'experts et d'une argumentation juridique sur tous et chacun des points dont le juge se propose de prendre connaissance d'office. Le fait que les parties ne disposent souvent que de maigres ressources rend d'autant plus pressant le besoin d'une administration de la justice à la fois efficace et équitable. Or, si les juges doivent encourager les parties à participer à la recherche d'éléments de preuve pertinents touchant le cadre social, il pourrait être financièrement irresponsable d'exiger, par exemple, le témoignage d'experts sur ces éléments de preuve là où un mémoire écrit pourrait suffire. Nombre de parties ne seraient tout simplement pas en mesure de participer valablement à cette démarche. Dans cette perspective, la connaissance d'office est un outil important pour faire en sorte que le système de droit de la famille reste à la fois accessible et valable pour ceux qui en dépendent le plus.

À moins que de grosses sommes ne soient investies dans un litige, le juge ne peut pas forcément présumer que tous les éléments nécessaires au prononcé d'une bonne décision ont été soumis à son attention. En fait, j'irais même jusqu'à dire qu'il incombe aux juges siégeant en droit de la famille de s'enquérir et de prendre note des données sociales, faute de quoi la qualité de leurs décisions risque d'en souffrir. À mesure que les juges deviendront des adeptes de cette méthode, se constituera un corpus de jurisprudence et de connaissances dans divers domaines du droit de la famille, corpus qu'enrichira un dialogue mieux étayé, ce qui, espérons-le, favorisera la venue dans l'arène publique d'un plus grand nombre d'études économiques, actuarielles et sociales.

Au reste, plus les coûts potentiels seront élevés, plus le conjoint le plus démuné aura tendance à éviter les procédures judiciaires et à accepter un règlement à rabais. Or, les tribunaux jouent un rôle important dans le «nivèlement du terrain» entre des conjoints dont la situation est inégale. Ils se doivent, en effet, d'être fidèles à l'objet et à l'esprit des lois en matière familiale, à la répartition équitable des charges économiques entre les conjoints, ainsi que la protection de l'intérêt des enfants du mariage. Les tribunaux, dans le domaine du droit de la famille, jouent donc, à d'importants égards, un rôle différent de celui qui leur incombe dans d'autres contextes. Ces différences remettent en cause l'utilité du système contradictoire; elles militent en faveur d'une méthode de règlement extrajudiciaire des conflits en matières familiales et devraient justifier le réexamen de la réticence traditionnelle des tribunaux à recourir explicitement à la preuve du cadre social dans ce domaine.

Le caractère prospectif des ordonnances généralement rendues en droit familial est un autre de ses traits uniques qui fait ressortir l'importance de tenir compte des données disponibles et pertinentes provenant des sciences sociales. Alors qu'une bonne partie des règles de droit sont rétrospectives, cherchant à établir la responsabilité ou les dommages en un point déterminé du passé, le droit de la famille suppose l'évaluation d'une suite d'événements et d'interactions qui s'étendent bien au-delà de la date de l'adjudication. La preuve du cadre social peut jouer un rôle utile à cet égard. Plus particulièrement, les sciences sociales étudient généralement l'incidence d'une caractéristique ou d'un comportement donné une fois que son effet s'est manifesté, comme ce fut le cas, par exemple, de l'effet de la garde conjointe. En revanche, les juges siégeant en matières familiales disposent d'un mécanisme de rétroaction dérisoire. Ils ou elles président de multiples litiges touchant la garde ou les prestations alimentaires pour les enfants ou le conjoint, sans, toutefois, disposer de moyens qui leur permettraient vraiment d'évaluer dans quelle mesure leur décision résistera à l'épreuve et aux aléas du temps. Il n'est souvent pas possible d'appliquer le test capital de la réalité, si ce n'est par voie de demande de modification ou d'appel, lorsque l'ordonnance est devenue manifestement inappropriée. Une preuve du cadre social portant sur la situation des couples après divorce ou l'effet sur l'enfant de la garde dans divers contextes peut donner aux juges une meilleure idée du sort qui attend chacune des parties et, en retour, aiguïser leur sensibilité à l'égard des répercussions de telles ordonnances. Les



décisions relatives aux aliments et à la garde étant essentiellement prospectives, une preuve qui jette un éclairage sur ce à quoi les parties doivent s'attendre une fois qu'elles auront quitté le tribunal peut donc s'avérer d'une importance primordiale pour les décideurs, qu'ils ou qu'elles soient juges, conciliateurs ou arbitres.

Ces considérations établissent le cadre du débat en ce qui a trait aux forces et aux faiblesses de l'utilisation possible par les tribunaux de la connaissance d'office de la preuve du cadre social afin d'assurer que les questions relevant du droit de la famille soient abordées d'une manière qui tienne compte à la fois des règles de droit et du contexte social. Je laisse de côté pour le moment la question de savoir s'il y a lieu d'établir des lignes directrices pour encourager les juges à recourir à la preuve du cadre social tout en minimisant les risques inhérents à ce recours. Je me contenterai d'un bref commentaire à cet égard.

Il faut établir une nette distinction entre la question de l'admissibilité de la preuve du cadre social et celle de sa force probante. Comme toute autre preuve, la preuve du cadre social doit être appréciée en fonction de sa pertinence et de sa fiabilité. Son but général est de fournir un fondement relativement objectif à partir duquel il est possible de dégager de façon critique nos valeurs personnelles, les principes sous-jacents des règles de droit et leur incidence sur les personnes qu'elles visent.

Gardons-nous, toutefois, d'attacher un trop grand poids à la preuve du cadre social. Il ne s'agit pas d'en faire un substitut à la preuve régulièrement soumise aux tribunaux, qu'elle se rapporte aux avantages et aux désavantages réels du mariage et de sa rupture, ou aux relations véritables entre les parents et leurs enfants. La preuve du cadre social ne sert pas, et ne saurait servir, à dicter au juge sa décision quant à l'appréciation de la preuve présentée au tribunal sur les questions concrètes en litige. Elle peut, par contre, s'avérer pertinente pour établir le contexte dans lequel doit être apprécié le témoignage des parties et, plus encore, pour définir la situation que le législateur entendait réformer en adoptant une loi donnée et pour évaluer la mesure dans laquelle il y est véritablement parvenu. Pareille conclusion pourrait certainement amener les tribunaux à réévaluer la façon dont ils interprètent et appliquent la loi pour voir si elle correspond vraiment à l'objet visé. En dernière analyse, par l'éclairage

qu'elle jette, cette preuve ne restreint pas véritablement le pouvoir discrétionnaire du juge — elle ne fait qu'établir un fondement plus rationnel à l'exercice de cette discrétion.

### **Les développements en droit de la famille au Canada**

Dans ce contexte, je vais maintenant explorer avec vous les façons dont, au cours des dix années écoulées depuis l'entrée en vigueur de l'article 15 de la *Charte*, le langage de l'égalité a commencé à façonner le droit de la famille au Canada.

La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Moge*<sup>13</sup> est peut-être l'une des plus importantes pour notre droit de la famille, et ce à deux égards. Cette affaire portait sur les circonstances dans lesquelles il y a lieu, en vertu de la *Loi sur le divorce*,<sup>14</sup> de modifier la pension alimentaire accordée au conjoint ou d'y mettre fin. Premièrement, la Cour a conclu que la *Loi sur le divorce* s'inspirait d'une philosophie globale, celle d'assurer une justice substantielle entre les parties. Or, cette notion comporte une exigence inhérente, celle que les tribunaux interprètent la *Loi sur le divorce* du point de vue de l'égalité substantielle. La Cour a rejeté en particulier le modèle de l'indépendance économique, fondé sur la dichotomie artificielle mariages «traditionnels»/mariages «modernes», comme objectif prédominant des décisions en matière d'aliments destinés au conjoint. Ce faisant, la Cour s'est efforcée d'orienter l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux dans une direction compatible avec l'ensemble des objectifs et des critères énoncés dans la *Loi sur le divorce*. Dans cet arrêt, la Cour a élaboré une nouvelle philosophie de l'égalité substantielle susceptible de guider les tribunaux dans les litiges en matière d'aliments destinés au conjoint.<sup>15</sup> Le second aspect important dans l'arrêt *Moge* est le recours explicite de la Cour au contexte socio-économique du divorce, et plus particulièrement au phénomène bien établi de la féminisation de la pauvreté, lequel recours l'a amenée à conclure que la *Loi sur le divorce* ne pouvait avoir pour objet d'institutionnaliser les profondes disparités engendrées par le mythe de l'indépendance économique. Bref, nous avons, dans l'arrêt

---

13. *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

14. *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985 (2<sup>e</sup> suppl.), c. 3.

15. Voir C. L'Heureux-Dubé, «Equality and the Economic Consequences of Spousal Support: A Canadian Perspective» (1994) 7 *U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y* 1.

*Moge*, appelé juges et praticiens à tenir compte du contexte social pour ancrer le droit de la famille dans le bon sens et la réalité.

Plusieurs autres arrêts de la Cour suprême du Canada en matière de droit de la famille s'inscrivent dans cette tendance encourageante. Les arrêts *Peter c. Beblow*<sup>16</sup> et *Willick c. Willick*,<sup>17</sup> par exemple, reconnaissent, en termes non équivoques, la valeur du «travail domestique», de même que la valeur des responsabilités liées à l'éducation et au soin des enfants qu'assume le parent qui en a la garde. Dans l'arrêt *Peter c. Beblow*, la Cour a fait observer que de distinguer le travail domestique des autres types de travail aurait pour effet de dévaluer systématiquement les contributions que les femmes tendent à faire à l'économie familiale, en plus de contribuer à la féminisation de la pauvreté. Dans l'arrêt *Willick*, on a fait valoir que, dans la mesure où elle touchait la modification des ordonnances alimentaires visant les enfants, l'interprétation de la *Loi sur le divorce* devait tenir compte du niveau alarmant de pauvreté chez les enfants vivant dans des familles monoparentales, ainsi que des disparités importantes entre le présent calcul des prestations alimentaires pour enfants et le coût véritable de leur entretien. Ces deux arrêts témoignent de l'incidence croissante des considérations d'égalité substantielle en matière de droit de la famille.

Ces arrêts illustrent deux propositions d'une importance, à mon avis, cruciale. La première s'énonce comme suit: l'égalité étant une composante essentielle de la justice, les juges doivent en tenir compte dans l'application ou l'élaboration des normes juridiques en matière familiale. Deuxièmement, les juges doivent systématiquement s'assurer de leur objectivité et remettre en question leurs postulats et leurs croyances. L'examen du contexte social et économique de la famille est l'une des façons d'y parvenir.

Un certain nombre d'autres arrêts importants, bien que non conçus en termes du droit à l'égalité, ont ajouté de nouvelles dimensions à notre analyse de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, les arrêts *Young c. Young*<sup>18</sup> et *P.(D.) c. S.(C.)*<sup>19</sup> ont

---

16. [1993] 1 R.C.S. 980.

17. [1994] 3 R.C.S. 670.

18. [1993] 4 R.C.S. 3.

19. [1993] 4 R.C.S. 141.

examiné, sous le régime de la *Loi sur le divorce* et du droit civil du Québec respectivement, la question des restrictions à l'accès fondées sur les activités religieuses du parent non gardien. En matière de modification des accords de séparation touchant la garde et la pension alimentaire des enfants, les arrêts *Willick et P.(M.) c. L.B.(G.)*<sup>20</sup> ont mis en lumière la responsabilité prépondérante des tribunaux de veiller à ce que ce type d'accord favorise effectivement l'intérêt des enfants.

Plus récemment, deux arrêts de la Cour suprême dans les affaires *Gordon c. Goertz*<sup>21</sup> et *W. (V.) c. S. (D.)*<sup>22</sup> ont raffiné encore le concept de garde d'enfant et la norme de l'intérêt de l'enfant dans le contexte du changement de résidence du parent gardien. Dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, la Cour a unanimement permis à une mère ayant la garde de sa fille de sept ans de déménager avec elle de la Saskatchewan en Australie pour y poursuivre des études en orthodontie, et elle a modifié en conséquence les droits de visite du père non gardien. Il s'agissait, en définitive, de savoir si la garde supposait le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et de définir la norme applicable, pour décider s'il convenait de modifier la garde ou l'accès, à la lumière du déménagement projeté de l'enfant par le parent gardien. La Cour a réitéré que cette décision, comme toute autre décision concernant l'enfant, devait être dictée par l'intérêt de ce dernier. À cet égard, il apparaît dorénavant manifeste que les motifs du déménagement du parent gardien ne sont généralement pas pertinents.

La Cour a convenu que l'ordonnance de garde existante devait être présumée avoir été rendue dans l'intérêt de l'enfant. Toutefois, la majorité a conclu qu'on ne devait pas attacher à cette ordonnance une importance particulière pour décider s'il y avait lieu de modifier la garde ou l'accès, une fois établi que le déménagement proposé constitue un changement important dans la situation de l'enfant. Les juges majoritaires ont exprimé l'avis qu'il fallait procéder à un réexamen de l'ensemble de la situation de l'enfant et des parents et, qu'à cet égard, il y avait manifestement lieu d'accorder le plus grand respect aux opinions du parent gardien.

---

20. [1995] 4 R.C.S. 592.

21. *Gordon*, *supra* note 8.

22. *W. (V.)*, *supra* note 8.

L'arrêt que nous avons rendu dans l'affaire *Gordon c. Goertz* n'a pas été conçu en termes du droit à l'égalité. Cela ne veut pas dire, toutefois, que lorsqu'ils ou elles tranchent des litiges en matière de changement de résidence, les juges doivent se fermer les yeux devant la réalité concrète des responsabilités qu'entraîne la garde. Une interprétation stricte de cet arrêt, faisant abstraction des sacrifices, souvent sous-estimés, qu'implique l'éducation des enfants sur les plans personnel, financier et professionnel, pourrait contribuer à désavantager systématiquement les parents gardiens.

La question du changement de résidence a également été examinée dans le cadre de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*,<sup>23</sup> telle que mise en oeuvre au Québec par la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*.<sup>24</sup> Dans l'arrêt *W.(V.) c. S.(D.)*, la Cour a conclu à l'unanimité que le mécanisme de retour obligatoire prescrit par la *Convention* et la *Loi* visait l'exécution du droit de garde, et non celui du droit de visite. Il s'ensuit que ce mécanisme ne s'applique pas dans le cas du parent gardien qui projette de déménager avec l'enfant, même en violation des droits de visite de l'autre parent. Je note, incidemment, que dans une affaire récente,<sup>25</sup> la Cour a décidé qu'il y avait lieu de déclarer un parent gardien coupable, sous le régime du *Code criminel*,<sup>26</sup> d'avoir enlevé son propre enfant.

## Conclusion

Comme on peut le voir, le droit de la famille est l'un des domaines où l'égalité a fait des percées importantes. Cela dit, on ne saurait, toutefois, apprécier pleinement la distance qu'il reste à parcourir sans considérer notre point de destination, qui n'est rien de moins que la pleine reconnaissance de l'égalité en droit de la famille et dans les autres secteurs connexes. Récemment par exemple, dans l'arrêt *Thibaudeau c. Canada*,<sup>27</sup> la Cour à la majorité a refusé d'admettre que des dispositions fiscales obligeant le parent gardien à inclure

---

23. 25 octobre 1980, R.T. Can. 1983, n° 35.

24. L.R.Q., c. A-23.01.

25. *R. c. Dawson*, [1996] 3 R.C.S. 783.

26. L.R.C. 1985, c. C-46, art. 283.

27. [1995] 2 R.C.S. 627.

dans son revenu les prestations alimentaires destinées à l'enfant, tout en permettant la déduction de ces prestations par le parent payeur, mettaient en cause le droit à l'égalité. Ce raisonnement était fondé, entre autres, sur le fait que la loi en cause conférait un avantage à «l'unité familiale» après le divorce dans le but de fournir un soutien financier et affectif aux enfants du mariage. De même, dans l'arrêt *Symes c. Canada*,<sup>28</sup> la majorité n'a pas reconnu que des questions touchant le droit à l'égalité étaient aussi en jeu dans le refus de considérer les frais de garde d'enfants comme une dépense d'entreprise déductible dans le cas d'une mère associée dans un cabinet d'avocats.

À mesure que les juristes maîtrisent la langue de l'égalité et ses nuances, toutefois, le droit de la famille se libère de plus en plus de ses stéréotypes et de ses préjugés insidieux qui masquent la diversité et la richesse du tissu humain de la société canadienne. Aussi faibles que soient les voix des hommes, des femmes et des enfants dont les points de vue et les intérêts ne sont pas reflétés par ceux de la majorité, notre tâche est de veiller, en tendant l'oreille au battement de leur droit à l'égalité, à ce que ces voix ne restent pas sans écho.

---

28. Symes, *supra* note 12.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** TRANSITIONS FAMILIALES ET DÉVELOPPEMENT DE L'ENFANT : LES ENJEUX POUR L'INTERVENTION

**Auteur(s) :** Richard CLOUTIER

**Revue :** *RDUS*, 1997-1998, volume 28, numéro 1-2

**Pages :** 19-39

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12736>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12736>

*Page vide laissée intentionnellement.*



# **TRANSITIONS FAMILIALES ET DÉVELOPPEMENT DE L'ENFANT : LES ENJEUX POUR L'INTERVENTION\***

par Richard CLOUTIER\*\*

*Ce texte porte sur la séparation parentale dans ses effets pour l'enfant et dans ses enjeux pour l'intervention socio-juridique. Une mise en perspective de la séparation dans le cycle des transitions familiales qui l'entourent est d'abord présentée. Les facteurs en cause dans l'augmentation du risque d'inadaptation chez l'enfant sont ensuite discutés et les grandes lignes des résultats de la recherche sur les facteurs de protection sont esquissées. Enfin, quatre enjeux pour l'intervention sont dégagés : 1) la nécessité d'une représentation juste du phénomène; 2) l'implication des acteurs dans la recherche de leur solution; 3) la lutte contre l'appauvrissement familial par la protection des acquis; et 4) la valorisation des petits pas vers une solution acceptable pour tous.*

---

*This article deals with the effects of parental separation for the child, and its implications for interventions of a socio-legal nature. It begins with an overview of the phenomenon of separation within the cycle of family transitions. Risk factors associated with psychosocial maladjustment in children which result from parental separation are then discussed and general trends suggested by the research on protective factors are summarized. Four implications for socio-legal interventions are discussed, namely : 1) the need for an accurate qualification of the phenomenon, 2) the involvement of the parties concerned in the pursuit of a solution, 3) the avoidance of impoverishment by ensuring the protection of familial resources, and 4) the reinforcement of any progress, no matter how limited, towards any arrangement acceptable to all concerned.*

---

\*. Cet article s'inspire de la conférence présentée aux Journées de formation pluridisciplinaire Charles-Coderre, Faculté de droit, Sherbrooke, Mai 1998.

\*\* Professeur titulaire à l'École de psychologie de l'Université Laval et chercheur à l'Institut universitaire sur les jeunes en difficulté - le Centre jeunesse de Québec.

## SOMMAIRE

<b>Le cycle des réorganisations familiales</b> .....	21
<b>Les effets de la séparation pour l'enfant</b> .....	28
<i>Un risque d'inadaptation doublé</i> .....	29
<b>Le risque dépend de plusieurs facteurs</b> .....	31
<i>Les caractéristiques personnelles</i> .....	32
<i>L'appauvrissement de la famille</i> .....	32
<i>Les conflits, le deuxième ennemi</i> .....	33
<b>À la recherche de facteurs de protection</b> .....	35
<b>Des enjeux pour l'intervention</b> .....	36
<i>Développer une représentation juste du phénomène</i> .....	36
<i>Impliquer les acteurs</i> .....	37
<i>Protéger les acquis par la coparentalité</i> .....	38
<i>Valoriser les petits pas</i> .....	39

Dans des délais relativement courts, la famille contemporaine a connu de profondes transformations dont une diminution significative du taux de natalité, un accroissement important de la proportion de mères occupant un emploi, une mobilité conjugale accrue provoquant notamment l'appauvrissement d'une proportion élevée de jeunes familles ainsi que la diversification des types de structures parentales, une fragilisation du soutien que les personnes peuvent obtenir de leurs proches. Ces changements risquent d'affecter l'autonomie des membres et d'accroître leur dépendance aux interventions sociales de soutien.

Au delà du cycle de vie familiale caractérisé par des transitions comme la naissance des enfants, leur entrée à la garderie puis à l'école, leur départ de la maison lorsque devenus adultes, etc., d'autres événements moins «typiques» peuvent venir modifier l'organisation familiale. Ainsi, l'hospitalisation prolongée d'un parent, le placement d'un enfant en besoin de protection et le retour d'un parent après une absence prolongée à l'extérieur constituent des événements qui provoquent des changements dans la composition et le fonctionnement familial.

La séparation des conjoints fait partie des événements déstabilisants qui provoquent une modification des liens et des rôles dans la famille et confrontent les membres à de nouveaux défis, notamment : l'adaptation en famille monoparentale, le stress économique, la diminution des contacts entre certains membres, l'augmentation des responsabilités du parent gardien et souvent, la venue de nouveaux membres dans le contexte d'une nouvelle union conjugale. Le présent article porte sur les transitions familiales associées à la séparation des parents. L'objectif en est de présenter la dynamique des transitions familiales reliées à la séparation dans leurs effets sur le développement de l'enfant et d'en dégager certains enjeux pour l'intervention socio-juridique.

### **Le cycle des réorganisations familiales**

La famille est un réseau de relations en constante évolution. Sa compréhension requiert une approche dynamique, intégrant le changement au fil du cycle de vie des membres. Différents types de liens et de rôles existent dans la famille en fonction du statut et de l'âge des membres concernés : la relation conjugale entre les adultes qui dirigent la cellule, la relation parentale entre le parent et l'enfant et la relation fraternelle entre les frères et les soeurs.

Ce qui arrive dans le contexte d'une relation influence ce qui arrive aux autres types de liens. Ainsi, la cohésion entre les conjoints influence la cohésion dans la relation parentale ou fraternelle. La présence de violence entre les conjoints augmente la probabilité de violence entre parents et enfants, ou entre frères et soeurs. Lorsqu'un membre vit un problème (exclusion scolaire, perte d'emploi, problème avec la justice, etc.) les autres en partagent le poids directement ou indirectement. À l'inverse, lorsqu'un membre connaît un succès (nomination, emploi, diplôme, etc.), les autres peuvent en bénéficier directement ou indirectement dans la mesure de leur implication dans la cellule. Le plus souvent, la séparation des parents est génératrice de stress dans la famille : la tristesse à l'idée du départ d'un parent, la colère face à ce qui arrive et qui n'est pas souhaité, le sentiment de culpabilité face à l'échec relationnel, l'anxiété face au futur devenu insécurisant, le sentiment d'être abandonné, voilà autant d'exemples d'affects à l'oeuvre dans ce contexte souvent vécu comme une crise.

Mais le temps va passer et la blessure relationnelle va se cicatriser ; cette évolution incontournable nous impose une approche dynamique des transitions liées à la séparation : la séparation n'est pas un événement isolé dans le temps mais le début d'un cycle comportant une série d'étapes plus ou moins probables pour les membres.

(1997-98) 28 R.D.U.S.

*Transitions familiales  
et développement de l'enfant :  
les enjeux pour l'intervention*

23

## **Le cycle des réorganisation familiales**

L'intervention compétente auprès des familles en transition exige une vision juste de la prévalence des phénomènes de même qu'une différenciation appropriée des termes. Les affirmations trop souvent entendues à l'effet que «un enfant sur deux vit dans une famille éclatée» sont erronées et méritent d'être corrigées. Il importe de savoir qu'au Québec, environ trois enfants sur quatre vivent avec leurs deux parents biologiques et n'ont pas connu de séparation dans leur famille. Notons que ce taux de prévalence, de l'ordre de 25%, n'a aucun besoin d'être exagéré pour être considéré comme sérieux. Le tableau 1 présente les proportions d'enfants et d'adolescents par type de famille en 1994. Le quart des jeunes âgés entre 0 et 18 ans se répartissent donc à travers les différents types de familles réorganisées tandis que les autres vivent en familles dites intactes.

**Tableau 1 Proportions d'enfants de 0 à 18 ans par type de famille selon l'enquête pour les enfants (0-11 ans : tableau 1-A) et pour les adolescents (12-18 ans : tableau 1-B)**

**Tableau 1-A :** Proportions d'enfants de 0 à 11 ans par type de famille selon l'enquête «le progrès des enfants au Canada en 1994»

¥	Nombre total d'enfants de 0 à 11 ans	4,673,000	100%
¥	Enfants élevés avec deux parents	3,934,000	84,2%
¥	deux parents biologiques	3,678,000	78,7%
¥	un parent biologique et un beau-parent	200,000	4,3%
¥	autre type de famille à deux parents*	55,000	1,2%
¥	Enfants élevés avec un parent seul	734,000	15,7%
¥	mère seule	681,000	14,6%
¥	père seul	53,000	1,1%
¥	Enfants élevés sans parents	moins de 1%	

- comprend : les 182,000 enfants vivant avec des demi-frères/demi-soeurs; les enfants avec deux parents adoptifs; deux parents de famille d'accueil; un parent adoptif et un beau-parent.

Source : Transition (1997). Institut Vanier de la famille, mars.

**Tableau 1-B :** Pourcentage des élèves du secondaire au Québec selon leur type de famille (12 à 18 ans; N= 3201)\*

¥	Avec les deux parents biologiques	73,1
¥	Alternativement avec le père et la mère (garde partagée)	3,7
¥	Avec la mère seulement	11,2
¥	Avec ma mère et son conjoint	6,2
¥	Avec mon père seulement	2,2
¥	Avec mon père et sa conjointe	2,2
¥	En famille d'accueil	0,6
¥	En centre de réadaptation	0,1
¥	En appartement (sans les parents)	0,3
¥	Autre	0,4

\*Source : Cloutier, R. et coll... (1994). *Ados, familles et milieu de vie*, Centre de recherche sur les services communautaires, Québec, Université Laval.

Dans le cycle décrit à la figure 1, il importe de souligner la distinction des notions de «séparation» et de «divorce». En effet, dans le contexte où, en 1994-1995, 27% des enfants québécois de 11 ans et moins étaient nés de couples vivant en union libre,<sup>1</sup> et qu'en 1996, 31% des enfants de moins de 6 ans demeuraient avec des parents vivant en union libre,<sup>2</sup> la confusion de ces deux termes est inacceptable. À Montréal en 1996, seulement 64% des couples étaient mariés comparativement à 78% à Toronto.<sup>3</sup> Il est donc vraisemblable de croire que, le cas échéant, c'est une «séparation libre» que bon nombre de parents, vivant en union libre, vivront au terme de leur union et non pas un divorce. À cette proportion des familles en union libre s'ajoute celle des couples mariés qui se séparent sans divorcer comme tel.

- 
1. N. Marcil-Gratton, *Grandir avec papa et maman? Les trajectoires familiales complexes des enfants canadiens*. Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes. Ottawa, Statistique Canada, document # 89-566-XIF, 1998.
  2. Statistique Canada (1997). Recensement de 1996 : état matrimonial, unions libres et familles. *Le Quotidien*, Diffusion du 14 octobre 1997.
  3. *Ibid.*

Le cas échéant, le divorce correspond typiquement à la deuxième étape du cycle mais, comme il peut ne survenir que plusieurs années après la séparation, il peut être localisé ailleurs dans le cycle. Par exemple, le divorce peut ne survenir qu'après la recomposition, au moment où le nouveau couple veut se marier, ce qui exige de mettre une fin légale aux unions antérieures. Potentiellement beaucoup plus qu'une formalité légale, le divorce peut parfois faire resurgir des tiraillements conjugaux que l'on croyait enterrés depuis longtemps. Dans certains cas, la reddition de comptes entourant le divorce des parents peut provoquer un stress relationnel plus fort que la séparation initiale pour l'enfant.

À la figure 1, l'adaptation en famille monoparentale est présentée comme la troisième étape du cycle typique. Sachant qu'au Canada<sup>4</sup> 86% des enfants vivent avec leur mère après la séparation comparativement à 7% avec leur père et 6% en garde partagée, cette étape implique d'apprendre à vivre sans le père dans la plupart des cas. Or, comme la famille monoparentale matricentrique est plus souvent pauvre, l'adaptation à la vie dans ce type de famille peut poser à l'enfant le défi de vivre avec des moyens réduits, dans un logement et un quartier de moindre qualité et avec des ressources humaines et matérielles moins abondantes. Plusieurs études ont observé que les parents séparés étaient plus à risque de vivre des événements stressants (déménagements, accidents, pertes d'emploi, maladies, etc.) que les parents de familles intactes,<sup>5</sup> comme si la séparation enlevait de la marge de manoeuvre face aux incidents de la vie. On a aussi observé que, pour l'enfant, l'adaptation en famille séparée était grandement facilitée par un environnement familial stable, bien structuré ou la supervision parentale est maintenue active, cela étant d'autant plus important dans les cas où l'enfant avait des problèmes d'auto-contrôle. Malheureusement, les parents aux prises avec des perturbations émotionnelles, des conflits conjugaux et des soucis financiers, sont généralement moins disponibles pour réunir ces conditions de stabilité et de sensibilité à l'enfant.

---

4. *Ibid.*

5. E.M. Hetherington, M. Stanley Hagan et E.D. Anderson, «Family transitions, : A child's perspective» (1989) 44 *American Psychologist* aux pp. 303-312.; G.C. Kitson, *Portrait of divorce : Adjustment to marital breakdown*. New York, Guilford, 1992.



Pour l'enfant, un changement de formule de garde peut représenter une transition plus stressante que la séparation initiale parce qu'il peut alors être amené (dans certains cas pour la première fois) à déménager et à changer de quartier, d'école et de groupe d'amis. Cette étape, présentée comme le quatrième échelon du cycle, pourrait aussi être située ailleurs dans la séquence. En outre, tous les enfants ne vivent pas un tel changement; ainsi, on a observé<sup>6</sup> que la garde exclusive à la mère était la moins susceptible de se modifier avec le temps tandis c'est la garde partagée qui est la plus mobile. En garde partagée, le maintien de l'engagement des deux parents dans leurs rôles parentaux permet un choix réel de formules alors que la garde exclusive, surtout la garde à la mère, est souvent accompagnée d'un désengagement du parent non gardien (typiquement le père) ce qui coupe les alternatives. En lien avec cette stabilité imposée, on observe que les filles vivant avec leur mère en famille monoparentale étaient susceptibles de quitter plus tôt leur famille d'origine pour aller vivre en appartement, seule ou avec leur ami de coeur, comparativement à leurs pairs des autres formules de garde. En garde partagée, le changement le plus fréquent implique des filles plus jeunes allant vivre avec leur mère.<sup>7</sup> L'occurrence d'une nouvelle union parentale a été associée à une probabilité plus grande de vivre un changement de formule de garde.<sup>8</sup>

Bien que certains auteurs estiment à environ cinq ans la longévité de la famille monoparentale. Certaines familles vivront une recomposition rapidement après la séparation tandis que d'autres n'en vivront jamais<sup>9</sup>. Les hommes s'engageraient plus vite que les femmes dans une nouvelle union post-séparation, ce qui n'est pas sans lien avec leur revenus plus élevés et le fait qu'il sont plus souvent parent non-gardien. Au Québec, de 6 à 8% des jeunes vivent dans une famille recomposée. Cependant la fiabilité de ce type de statistiques

---

6. R. Cloutier et C. Jacques, «Evolution of residential custody arrangements in separated families : A longitudinal study» (1997) 28 *Journal of Divorce and Remarriage* aux pp. 17-33.

7. *Ibid.*

8. E.M. Hetherington, M. Bridges et G.M. Insabella, «What matters? What does not? Five perspectives on the association between marital transitions and children's adjustment» (1998) 53 *American Psychologist* aux pp. 167-184.

9. N. Marcil-Gratton, «Bien-être des familles à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle» (1994) Société québécoise de recherche en psychologie, novembre.

est loin d'être absolue, la définition même de «famille recomposée» posant un problème de critère : à partir de quand la famille est-elle recomposée? Est-ce qu'une nouvelle union conjugale, qui date de un mois suffit pour déclarer l'existence d'une nouvelle famille? Quoiqu'il en soit, la recomposition exige habituellement des efforts importants d'adaptation pour tous les membres de la nouvelle famille. L'identification des frontières de rôles entre nouveaux parents et enfants, l'ajustement à des habitudes de vie et des cultures familiales différentes, la résolution des conflits associés aux rivalités et aux malentendus avec les anciens et les nouveaux conjoints, voilà autant d'exemples de défis que pose la recomposition. Deux résistances ont souvent été observées chez l'enfant à l'égard de son nouveau-parent : la première est reliée à la crainte que le nouveau-parent remplace le parent biologique, ce qui place le jeune en conflit de loyauté avec son parent non-gardien. La deuxième résistance vient de la rivalité entre l'enfant et ce nouveau parent à l'égard du parent gardien. Par exemple, la fille vivant auprès de sa mère biologique pourra percevoir le nouveau conjoint comme un rival menaçant de détourner vers lui l'amour de la mère pour sa fille.<sup>10</sup>

La recomposition familiale ne représente pas nécessairement la fin du cycle des transitions puisque pour la famille recomposée, les chances de vivre une nouvelle séparation sont presque deux fois plus élevées qu'elle ne l'étaient de vivre la séparation initiale. Dans la discussion qui suit, pour des raisons d'espace, la discussion sera centrée sur la séparation sans considération directe des autres étapes du cycle dans leurs effets pour l'enfant.

### **Les effets de la séparation pour l'enfant**

Malgré les efforts considérables déployés par la recherche pour évaluer les effets de la séparation des parents sur le développement des enfants, la

---

10. E. Teyber, *Helping children cope with divorce*, San Francisco, Josey-Bass, 1992.

question demeure d'actualité. Dans cette abondante littérature,<sup>11,12,13</sup> trois grandes lignes de force peuvent être dégagées. Premièrement, il est clair que la liste des désavantages de la séparation pour l'enfant au regard de ses opportunités futures est plus longue que celle des avantages. Deuxièmement, les connaissances dans ce champ ont permis de découvrir qu'il existe multitude de facteurs d'influence des trajectoires familiales, et que les lois généralisables à tous ne sont pas nombreuses. Troisièmement, dans le contexte où la mobilité conjugale est un phénomène social qui va durer en occident, la recherche accorde une attention croissante aux facteurs de protection, c'est-à-dire aux éléments susceptibles d'atténuer les effets négatifs de la séparation des parents pour les membres de la famille.

#### *Un risque d'inadaptation doublé*

Des études ont observé qu'entre 20 et 25% des enfants issus de familles séparées afficheraient des problèmes d'ajustement psychosocial (problèmes de comportement, échec scolaire, consommation, délinquance, etc.) comparativement à 10% chez leurs pairs de familles intactes.<sup>14</sup> Ce niveau de risque des enfants de familles réorganisées, deux fois plus élevé que la normale, ne doit pas faire oublier que les trois quarts des enfants issus de familles séparées ne présentent pas de problème sérieux.

Il faut souligner que la plupart des travaux en ce domaine reposent sur des comparaisons entre des jeunes issus de familles réorganisées avec des jeunes vivant avec leurs deux parents biologiques. Cette méthodologie a l'avantage d'être commode mais elle pose le problème du chevauchement de variables. En

- 
11. P.R. Amato et B. Keith, «Parental divorce and adult well-being» (1991a) 53 *Journal of Marriage and the Family* aux pp. 43-58.
  12. P.R. Amato et B. Keith, «Parental divorce and the well-being of children» (1991b) 110 *Psychological Bulletin* aux pp. 26-46.
  13. A.J. Cherlin, F.F. Furstenberg, P.L. Chase-Lansdale, K.E. Kiernan, P.K. Robins, D.R. Morrison et J.O. Teitler, «Longitudinal studies of the effects of divorce in children in Great Britain and the United States» (1991) 252 *Science* aux pp. 1386-1389.
  14. S.S. McLanahan et G. Sandefur, *Growing up with a single parent*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1994. N. Zill, D.R. Morrison et M.J. Coiro, M. J., «Long-term effects of parental divorce on parent-child relationships, adjustment, and achievement in young adulthood» (1993) 7 *Journal of Family Psychology* aux pp. 91-103.

effet, les familles réorganisées dont la plupart ont une femme seule comme chef, sont généralement moins avantagées sur le plan socio-économiques que les familles intactes. Sachant que le revenu familial a un impact significatif sur la plupart des zones d'inadaptation mentionnées plus haut, il y a donc lieu d'exclure la variance expliquée par cette dimension afin d'éviter d'attribuer à la séparation des effet de la pauvreté dans les comparaisons; malheureusement, peu d'études ont fait cette démarche.<sup>15</sup> La méthode consistant à comparer l'ajustement de l'enfant avant et après la transition permet vraiment d'isoler l'impact de la séparation dans chaque cas mais ce type d'étude est plus rare parce que plus coûteux.

La prévalence plus grande de problèmes d'ajustement chez les enfants et les adolescents ayant vécu une séparation parentale se traduit souvent par des problèmes de comportement, extériorisés ou intériorisés. Bien que ce ne soit pas toujours le cas, les garçons ont tendance à afficher du sous-contrôle dans leurs conduites, ce qui se traduit par des manifestations extériorisées comme l'impulsivité, l'agressivité, de l'hyperactivité, des problèmes d'attention, des conduites antisociales, etc. Les filles ont plutôt tendance à intérioriser leurs problèmes en affichant de l'anxiété, une faible estime de soi, du retrait social et de la dépression, etc., conduites associées à du sur-contrôle de la conduite personnelle. On a observé qu'à long terme les filles de familles séparées, plus encore que les garçons, sont susceptibles d'assumer des responsabilités parentales précoces et d'afficher un déficit scolaire.<sup>16</sup> La visibilité moins grande de ce type de problèmes plus féminins est peut-être en cause dans le fait que la recherche désigne les garçons comme plus vulnérables à la séparation de leurs parents; notre connaissance de ce qui arrive aux filles, moins «dérangeantes», est moins bonne dans le contexte des transitions familiales.<sup>17</sup>

Alors que les jeunes issus de familles réorganisées représentent environ 30% de la population scolaire en milieu urbain, ils représentent plus de 60% des

---

15. B. Piérard, R. Cloutier, C. Jacques et S. Drapeau, «Le lien entre la séparation parentale et le comportement de l'enfant : le rôle du revenu familial» (1994) 15 *Revue Québécoise de Psychologie* aux pp. 87-108.

16. R.L. Simons et al., *Understanding differences between divorced and intact families*, Thousand Oaks, CA, Sage, 1996.

17. *Supra* note 8.

élèves référés pour des difficultés d'apprentissage ou de comportement à l'école,<sup>18</sup> et les garçons y sont presque deux fois plus représentés que les filles. Sachant que le projet scolaire constitue la principale tâche développementale extra-familiale des jeunes, le fait d'échouer à l'école occupe une place importante dans la vie d'un enfant et cela possède des répercussions négatives sur ses relations avec ses parents. Un tel cumul de problèmes dans la famille et à l'école se retrouve souvent en toile de fond chez les jeunes qui investissent sérieusement dans des affiliations avec des pairs déviants, ce qui en retour renforce la probabilité de décrochage scolaire, de consommation de drogue et de délinquance. Une plus grande précocité sexuelle a aussi été observée chez les filles et les garçons de familles séparées, ce qui augmente évidemment leur risque de vivre une grossesse non désirée ou une maladie transmissible sexuellement. Or, cette spirale d'aggravation des problèmes des jeunes a d'autant moins de chances d'être bloquée que les parents sont accaparés par leurs propres difficultés et sont moins sensibles à l'enfant. Bref, la majorité des jeunes de familles séparées s'adaptent bien à la séparation de leurs parents mais la proportion de ceux qui vivent des difficultés est environ deux fois plus grande dans ce groupe comparativement à leurs pairs de familles intactes.

### **Le risque dépend de plusieurs facteurs**

En contexte de séparation parentale, le risque de développer des problèmes sérieux n'est pas le même pour tous. En plus des travaux qui ont montré que le genre et l'âge avaient une influence sur l'ajustement,<sup>19</sup> des études longitudinales ont observé que, chez les jeunes ou chez les adultes, plusieurs des problèmes attribués à la séparation ou à la recomposition familiale étaient présents avant la réorganisation, en raison des caractéristiques des personnes elles-mêmes. Les ressources disponibles sur les plans matériel, humain et social représentent aussi une zone d'influence déterminante des effets reliés aux transitions familiales.

---

18. N. Turmel et R. Cloutier, «Séparation parentale et consultation psychologique à l'école» (1990) 7 *Psychologie Québec* aux pp. 8-9.

19. *Supra* note 12.

### *Les caractéristiques personnelles*

Certaines personnes, en raison de leurs caractéristiques personnelles, sont plus à risque de se séparer. Les adultes qui manifestent des conduites antisociales (négativisme, immaturité interpersonnelle, rejet social, etc.) ou de la dépression, sont davantage susceptibles de former une union avec des conjoints qui vivent aussi des difficultés psychologiques, ce qui augmente non seulement leur risque de séparation mais aussi leurs chances d'avoir des enfants affichant des problèmes affectifs.<sup>20</sup> Au delà de cette hypothèse de la «sélectivité maritale», on a constaté que certaines caractéristiques personnelles des enfants eux-mêmes augmentaient leurs risques d'inadaptation lors de la séparation de leurs parents. Des facteurs comme un tempérament difficile, une fragilité émotionnelle, des habiletés sociales déficitaires, de l'hyperactivité, un retard développemental, sont au nombre des composantes augmentant leur vulnérabilité. Bref, les individus dont l'ajustement est historiquement fragile trouvent plus difficilement les ressources personnelles requises pour faire face à l'épreuve de la séparation; dans ce contexte, il deviennent encore plus susceptibles de développer des problèmes.

### *L'appauvrissement de la famille*

Même si la séparation représente généralement une solution adoptée pour sortir d'une situation conjugale devenue intenable, à court terme, elle exige plus d'énergie qu'elle n'en apporte. Certains auteurs désignent comme une crise la période entourant la division d'un système familial unique en deux systèmes différents à un moment où, non seulement il n'y a pas plus de ressources disponibles, mais, au contraire, des dépenses supplémentaires surgissent en lien avec la transition. Dans la très grande majorité des cas, les enfants vont se retrouver dans une famille plus pauvre qu'elle ne l'était auparavant. Mais attention, il n'agit pas seulement d'un appauvrissement au plan des ressources matérielles mais aussi au plan des ressources humaines et sociales.

---

20. K.R. Merikangas, B.A. Prusoff et M.M. Weissman, «Parental concordance for affective disorders : Psychopathology in offspring» (1988) 15 *Journal of Affective Disorders* aux pp. 279-290.

Dans plus de 90% des cas, les enfants ne souhaitent pas que leur parents se séparent; ce n'est pas leur projet à eux. Néanmoins, en tant que membre à part entière de la famille et en tant qu'individu en croissance, cette réorganisation de leur premier milieu de vie affectera vraisemblablement leurs chances futures. Dans ce contexte, les enfants peuvent être sérieusement contrariés et vivre une grande insécurité, ce qui requiert un surcroît de réconfort, d'affection, de présence de la part des parents, de contacts sociaux gratifiants, etc. Malheureusement, le plus souvent les parents sont moins disponibles, plus tendus, insécurisés eux-mêmes et plus isolés par rapport à leur réseau social.

Il faudrait donner plus aux enfants mais les parents ont moins à leur offrir, voilà l'équation caractérisant les ressources de la famille par rapport aux besoins de l'enfant en contexte de séparation. Cette dynamique fait que l'appauvrissement familial constitue l'ennemi numéro un à combattre pour l'intervention.

#### *Les conflits, le deuxième ennemi*

Au moment où la famille est rendue plus vulnérable parce qu'appauvrie par la division de sa cellule, les conflits entre les ex-conjoints se profilent comme une source de stress potentiellement considérable. Eux-mêmes source d'appauvrissement matériel potentiellement sérieux, les conflits conjugaux peuvent être catastrophiques au plan des ressources humaines disponibles à l'enfant. Ruptures, méfiance, hostilité, tristesse, culpabilité, conflits de loyauté, voilà des exemples de séquelles pour l'enfant, des conflits entre les parents .

Sans perdre de vue que la séparation est une solution à une situation conjugale devenue impossible et qu'il vaut mieux vivre dans une famille séparée que dans une famille intacte rongée par les conflits,<sup>21</sup> force est de constater que la recherche d'une «entente» de séparation est susceptible de provoquer des conflits dans la plupart des situations. Or, les relations entre les parents donnent le ton aux autres relations dans la famille et conditionnent directement le climat qui y prévaut.

---

21. R.E. Emery, *Renegotiating family relationships*, New York, Guilford Press, 1994.

### *L'imprévu et la discontinuité*

Il n'y a pas que les adultes qui ont besoin de savoir ce qui leur arrive et ce qui les attend pour s'adapter à leur milieu, il s'agit aussi d'un besoin fondamental des enfants. Lorsque votre premier milieu de vie est remis en question parce que les personnes les plus importantes pour vous ont décidé de se séparer, le niveau d'inquiétude est au plus haut. Le devenir de l'enfant est directement touché par la séparation de ses parents et, en tant que membre de la famille à part entière, il a droit d'être informé et de donner son point de vue dans les décisions qui le concernent. Malheureusement, on prend souvent pour excuse l'argument voulant que la séparation c'est une affaire d'adultes et que cela ne concerne pas les enfants («qui sont trop jeunes pour comprendre») pour justifier leur exclusion. Or, l'enfant a des besoins qui ne peuvent être ignorés sans une augmentation du risque d'inadaptation. Le manque d'information cohérente, l'absence d'un lieu pour exprimer ses sentiments et son point de vue sont nuisibles à l'adaptation de l'enfant.<sup>22</sup> Pour se mobiliser dans son projet de vie personnel, élément essentiel à son ajustement, l'enfant doit pouvoir interpréter la rupture qu'il vit, comprendre ce qui se passe, clarifier les frontières de rôles (qui est responsable de quoi?...), exprimer sa colère, sa tristesse et ses inquiétudes, et pouvoir se projeter dans son futur en continuité avec son passé. Maintenir l'enfant ou l'adolescent dans l'ambiguïté, éviter d'entendre l'expression de ses sentiments et de ses pensées, voilà une approche facile à court terme pour des adultes préoccupés, mais qui peut exacerber sérieusement la réaction du jeune à la transition familiale.

---

22. S. Barry, R. Cloutier, L. Fillion et L. Gosselin, «La place faite à l'enfant dans les décisions relatives au divorce» (1985) 6 *Revue Québécoise de Psychologie* aux pp. 86-104.



## **À la recherche de facteurs de protection**

L'impact de la séparation des parents sur l'enfant et son milieu de vie est donc assujéti à une dynamique complexe guidée par plusieurs facteurs d'influence. Les travaux destinés à estimer les contributions relatives des différents facteurs de risque ne peuvent présenter un tableau complet s'ils ne tiennent pas compte des facteurs de protection en cause. Par exemple, une moins grande disponibilité parentale peut être compensée par une maturité plus grande chez un jeune, tandis qu'au contraire, les effets positifs de la bonne qualité relationnelle entre les ex-conjoints peuvent être annulés par un tempérament très difficile de l'enfant. Pour vraiment saisir la dynamique, les facteurs de protection doivent donc être pris en compte.

Qu'est-ce qui distingue les familles qui réussissent mieux leur réorganisation des autres? Qu'est-ce qui les protège? Le tableau qui se dégage de la littérature sur ce sujet est un peu l'image en miroir de celui portant sur les facteurs de risque présenté plus haut. Les enfants qui réussissent bien dans leurs tâches développementales avant la séparation ont plus de chances de passer au travers de la transition sans séquelles majeures. Par exemple, un enfant qui fonctionne bien à l'école pourra connaître une baisse de rendement au moment de la réorganisation familiale mais, à long terme, il est moins vulnérable sur ce plan que le jeune qui a toujours eu un rendement faible. La réussite à l'école est un atout précieux qu'il faut protéger en priorité en raison de sa fragilité et du coût élevé que sa disparition représente pour l'enfant et ses parents.

Comme c'est le cas pour les enfants, les parents qui ont des réserves personnelles d'énergie sont plus à même de relever le défi de la séparation et de reprendre le cours de leur vie sans tomber en panne trop longtemps. Et ce défi est de taille : en contexte de conflit sur plusieurs fronts (argent, enfants, valeurs, responsabilités, etc.), comment arriver à transcender sa colère et son désir de vengeance à l'égard de l'ex-conjoint et coopérer avec lui ou elle pour trouver l'arrangement familial optimal?

Il existe peut-être des cas où la séparation se fait sans heurt mais ils ne sont pas légion; la plupart des couples et des familles vivent des tiraillements sérieux à ce moment mais c'est la façon dont les conflits sont réglés qui fait la

différence. Des relations familiales dysfonctionnelles, chargées de conflit, d'hostilité, où la supervision parentale n'est pas assurée auprès des enfants exacerbent les effets de la séparation sur l'ajustement des enfants et de leurs parents.<sup>23</sup> Là où on arrive à contenir les effets des différends plutôt que de s'enliser dans le conflit, là où l'on s'ouvre à une reconstruction sur de nouvelles bases plutôt que de rester fixé sur l'ancienne photo de la famille, la reprise se fait plus facilement.

Tout ce qui contribue à préserver les acquis des personnes et de la famille pour faire face au stress de la transition fait partie des facteurs de protection. Or, dans cet effort de conservation de l'énergie et d'évitement des pertes, l'intervention a un rôle significatif à jouer; selon son efficacité, elle peut représenter un facteur de risque supplémentaire ou constituer un facteur de protection réel.

### **Des enjeux pour l'intervention**

Même si une proportion croissante de familles sont fondées sur une union libre et qu'en cas de séparation, une bonne partie d'entre elles échapperont aux interventions sociales ou juridiques, il demeure que la plupart des séparations parentales font l'objet d'un encadrement social organisé. Pour l'intervention, quatre enjeux importants découlent de la discussion qui précède : 1) la nécessité d'une représentation juste du phénomène; 2) l'implication des acteurs dans la recherche de leur solution; 3) la lutte contre l'appauvrissement familial par la protection des acquis; et 4) la valorisation des petits pas vers une solution acceptable pour tous.

#### *Développer une représentation juste du phénomène*

L'intervenant juridique ou social qui accompagne la famille dans sa transition de séparation joue un rôle d'architecte ou de «designer» à l'égard de l'arrangement à construire. Le caractère fonctionnel ou dysfonctionnel de la solution adoptée n'est pas étranger à ses conseils, à sa capacité de provoquer

---

23. *Supra* note 8.

l'ouverture à certaines solutions, à sa capacité d'éclairer la viabilité de certaines avenues. Pour ce faire, l'intervenant doit posséder une représentation différenciée et cohérente des transitions entourant la séparation; c'est un outil essentiel à l'intervention compétente. Une telle représentation commence avec l'utilisation différenciée des mots. Par exemple, comment soutenir une image d'expert lorsqu'on utilise les mots «divorce» et «séparation» comme des synonymes alors qu'à Montréal, par exemple, 36% des familles reposent sur un couple vivant en union de fait?<sup>24</sup> L'adoption d'une perspective temporelle constitue une autre composante essentielle à une représentation compétente des transitions de séparation. Il n'y a à peu près pas d'élément de la situation d'une famille qui n'évolue pas significativement avec le temps. L'enfant a trois ans maintenant mais, dans deux ans, il entrera à l'école. Madame est au étude aujourd'hui mais, dans trois ans, elle sera diplômée. Comment prévoit-on ajuster l'arrangement de garde proposée à l'adolescente de 15 ans lorsqu'elle entrera au CEGEP dans une autre ville l'an prochain? La construction d'une solution viable à la réorganisation familiale est incompatible avec une vision statique centrée sur la situation actuelle qui, le plus souvent, est biaisée par la crise.

### *Impliquer les acteurs*

L'unicité de chaque situation, découlant de la complexité des interrelations des facteurs en cause, commande une approche «sur mesure» et disqualifie l'application de solutions toutes faites. La seule façon d'être sensible aux contours de chaque situation familiale c'est d'écouter, d'entendre, de prendre en compte la réalité et le point de vue des acteurs. Une telle approche est incompatible avec une attitude prescriptive de la part de l'Intervenant, même si celle-ci est fort séduisante dans la contexte des lourdes charges professionnelles et des pressions à la productivité.

Les acteurs ne sont pas seulement des guides servant à préparer le «sur mesure», ils sont aussi les moteurs centraux de l'actualisation de l'entente; si ce n'est pas leur entente, il sera beaucoup plus difficile d'assurer leur engagement à long terme dans son respect. Les parents et les enfants, à la hauteur de leurs

---

24. *Supra* note 2.

rôles respectifs dans la famille, doivent s'approprier le nouveau projet familial. En contexte de tensions et de ruptures, il n'est pas facile de parler de coopération et de projet commun mais, à travers des conseils et une information appropriée, il est possible de faire comprendre aux membres de la famille qu'ils sont les seuls vrais auteurs de leur scénario futur. Le rôle d'éducation de l'intervention devient alors déterminant.

*Protéger les acquis par la coparentalité*

L'appauvrissement matériel et humain de la famille représente le premier obstacle à combattre dans la poursuite de l'adaptation de l'enfant à la transition. Or, comme l'intervenant n'a généralement pas de ressources à donner à la famille, le levier le plus puissant dont il dispose pour contrer l'appauvrissement est la protection des acquis. Dans la mesure du possible, conserver l'engagement des deux ex-conjoints dans leurs rôles parentaux auprès de l'enfant, travailler à maintenir les contributions de l'ensemble du réseau social de la famille, sensibiliser les parents au caractère très précieux de la réussite scolaire de leur jeune, travailler à identifier des voies qui, autant que possible, éviteront à l'enfant des ruptures et de la discontinuité dans son projet de vie; voilà des exemples de pistes favorables à la protection des acquis comme moyen de contrer l'appauvrissement.

Ces pistes ne sont toutefois pas compatibles avec la présence de conflits ouverts entre les parents, de sorte qu'un préalable important à rechercher dans l'intervention est la transcendance des conflits. Les ex-conjoints doivent saisir que la préservation des acquis à l'enfant passe par un dépassement de leurs conflits conjugaux dans la recherche d'une coparentalité viable, la coparentalité étant la relation fonctionnelle nécessaire à l'actualisation des rôles parentaux auprès d'un même enfant. La relation conjugale est finie mais les ex-conjoints continuent d'être les parents de leur enfant, et pour jouer ce rôle ils ont besoin d'un minimum de communication. Encore ici, le rôle d'éducateur de l'intervenant devient déterminant pour aller chercher toute la marge de coparentalité dont l'ex-couple est capable, si petite soit-elle.

*Valoriser les petits pas*

Enfin, le succès ou l'échec dans ce domaine n'est pas une affaire de tout ou rien; il s'agit d'un monde de nuances où une diminution de 5% du risque est un progrès précieux. En l'absence de solution magique, c'est l'arrangement familial qui réunira tous les potentiels disponibles qui sera le plus viable et le mieux réussi. Pour arriver à valoriser tous les engagements provenant de chaque acteur, même les petits engagements, l'intervenant doit être sensible aux personnes et à leurs contextes. Une telle sensibilité requiert de la vigilance et de la discipline professionnelle mais aussi des outils fiables de suivi du cheminement de la famille en transition. Le cumul des petits pas vers la solution optimale doit être soigneusement répertorié de façon à ne rien perdre et à pouvoir refléter aux acteurs leurs propres progrès à l'aide d'une documentation explicite.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LE TRAVAIL EN ÉQUIPE DANS LE CADRE DE LA FORMATION JURIDIQUE : UNE FORMULE PÉDAGOGIQUE UTILE?

**Auteur(s) :** Pierre-Claude LAFOND, Jean-Pierre VILLAGGI

**Revue :** RDUS, 1997-1998, volume 28, numéro 1-2

**Pages :** 41-66

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12737>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12737>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## **LE TRAVAIL EN ÉQUIPE DANS LE CADRE DE LA FORMATION JURIDIQUE : UNE FORMULE PÉDAGOGIQUE UTILE?**

par Pierre-Claude LAFOND\*  
Jean-Pierre VILLAGGI\*\*

### **SOMMAIRE**

<b>Introduction</b>	43
<b>1. Les mérites de la formule du travail en équipe</b>	45
1.1 Les avantages au plan cognitif	46
1.1.1 L'acquisition de connaissances	46
1.1.2 La compréhension des connaissances	47
1.1.3 L'application des connaissances	48
1.1.4 L'analyse des connaissances	50
1.1.5 La synthèse des connaissances	51
1.1.6 L'évaluation des connaissances	52
1.2 Les avantages au plan affectif	54
1.2.1 La réception	54
1.2.2 La réponse	55
1.2.3 La valorisation	55
1.2.4 L'organisation	56
1.2.5 La caractérisation par une valeur ou un système de valeurs	57
<b>2. La formation d'une équipe</b>	58
2.1 Les conditions préalables	58

---

\*. Avocat, docteur en droit et professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

\*\*, Avocat, docteur en droit et professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.



42	<i>Le travail en équipe</i> <i>dans le cadre de la formation juridique :</i> <i>une formule pédagogique utile?</i>	(1997-98) 28 R.D.U.S.
----	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------

2.2	La préparation et l'encadrement de la formation d'une équipe	63
-----	--------------------------------------------------------------	----

<b>Conclusion</b>		65
-------------------	--	----

*On apprend plus de ses pairs  
que de son propre maître*

Proverbe chinois

## Introduction

Le monde juridique ne cesse de se complexifier. À l'aube du prochain millénaire, la quête de solutions à des problèmes juridiques de plus en plus diversifiés requiert la connaissance simultanée de plusieurs aspects du droit. Les sources d'information se sont elles-mêmes multipliées au cours des dernières années. Cette recherche de solutions exige parfois du juriste qu'il recoure à des sources parajuridiques. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada constitue un exemple éloquent de cette ouverture aux autres disciplines; pour les besoins de la cause, il n'est pas rare que les savants magistrats fassent référence à des principes empruntés à l'histoire, à la sociologie, soit encore aux sciences politiques ou économiques. Chez les candidats à de nouveaux postes, les employeurs recherchent de plus en plus la capacité démontrée de travailler en équipe. Le scénario Singapour, préconisé récemment par le Barreau du Québec, n'énonce-t-il pas le principe suivant lequel l'avocat «devra dorénavant être en mesure de “piloter” des équipes de travail multidisciplinaires afin de mieux répondre aux besoins de ses clients»?<sup>1</sup>

Tous ces facteurs sont de nature à inciter au travail en équipe dans le but évident de partager les efforts requis par la tâche, mais surtout afin d'assurer la plus grande qualité du résultat final.

Plusieurs milieux universitaires ont inclus dans leurs programmes une formation aux techniques du travail en équipe et une pédagogie d'apprentissage fondée en partie sur cette formule. Nous pensons ici plus particulièrement à certains programmes d'administration, de génie ou de médecine. Exception faite du programme de sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal [ci-

---

1. BARREAU DU QUÉBEC, *Découvrez votre future culture juridique*, 1997 (pochette d'information).

après U.Q.A.M.], le milieu juridique est généralement demeuré en retrait de ce courant. Pourtant, la formule du travail en équipe peut, dans le cadre d'une formation juridique, être avantageusement utilisée à plusieurs fins. Elle peut servir à la fois dans un contexte d'apprentissage et dans un contexte d'évaluation. Elle peut notamment être utilisée pour plusieurs activités d'enseignement.<sup>2</sup> Elle convient particulièrement bien aux modèles d'enseignement suivants : le séminaire (séminaire classique, proposition de Nisbet,<sup>3</sup> débat), les études de cas (méthode de Harvard,<sup>4</sup> cas dramatisé, cas simplifié, technique de Pigors,<sup>5</sup> rédaction de cas par les étudiants) et l'enseignement par les pairs<sup>6</sup> (réalisation d'un projet, apprentissage par résolution de problèmes, travail dirigé, cellule d'apprentissage, simulation, jeu de rôles, etc.). Dans les activités académiques offertes sous les étiquettes de tribunal-école et de concours de recherche ou de plaidoirie au plan national ou international, la formule du travail en équipe se veut tout à fait indiquée et, dans les faits, s'avère monnaie courante dans les établissements de formation juridique.

Il nous est donc apparu intéressant de traiter du travail en équipe dans le cadre des études juridiques. Le traitement exhaustif d'un sujet aussi vaste exigerait toutefois un développement beaucoup trop long pour convenir au format d'une telle chronique. Cette contrainte nous a forcés à écarter des volets tels que la définition du travail en équipe et du travail de groupe, l'initiation aux règles de fonctionnement d'une équipe (les étapes de la conduite des réunions :

- 
2. Pour connaître les différentes activités d'enseignement possibles, on peut consulter R. Prigent, *La préparation d'un cours*, Montréal, Éditions de l'École polytechnique de Montréal, 1990 à la p. 98 et s.
  3. Il s'agit d'une variante de la formule du séminaire. Le professeur soumet au début du trimestre une liste de thèmes et de lectures parmi lesquels les étudiants font leur choix. Une fois les lectures effectuées, les étudiants doivent rédiger six propositions qu'ils devront faire adopter par la classe. Voir R. Prigent, *ibid.* aux pp. 98-100.
  4. Dans la méthode de Harvard, l'étude de cas comporte des éléments importants et des éléments secondaires. Les étudiants doivent alors faire un tri parmi les nombreux détails fournis avant de présenter le résultat de leur étude à la classe.
  5. Il s'agit d'une variante de la méthode de Harvard. Dans cette situation le professeur ne fournit qu'une information minimale; il appartient alors aux étudiants de questionner le professeur qui ne fournit que la réponse à l'information demandée.
  6. L'enseignement par les pairs présuppose que le professeur ne fait pas d'enseignement magistral. Son rôle consiste à superviser les réunions au cours desquelles les étudiants font progresser leur projet d'équipe. Voir R. Prigent, *supra* note 2 à la p. 102.

préparation, conduite, clôture), l'animation et la prise de décision. Échappera aussi à notre attention la question de la dynamique des groupes inhérente au travail en équipe. Chacune de ces ramifications mérite à elle seule un examen approfondi et pourrait faire l'objet d'un éventuel article.

Nos propos se limiteront donc à deux questions principales : les avantages du travail en équipe dans la formation juridique (1.) et les conditions préalables qui doivent guider la formation d'une équipe de travail (2.), étape initiale garante de l'efficacité de la formule. Ces deux aspects nous sont apparus comme des préliminaires incontournables à toute initiative visant à introduire le travail en équipe dans le cadre d'un cours de formation juridique. Avant d'inviter les étudiants à se lancer dans une telle aventure (parce que c'en est une), il convient en effet de s'interroger sur l'opportunité d'expérimenter cette formule pédagogique et de prendre conscience du rôle et de la responsabilité du professeur ou du chargé de cours à l'égard de la formation et de l'encadrement des équipes de travail.

## **1. Les mérites de la formule du travail en équipe**

Comme toute autre formule d'apprentissage ou d'évaluation, le travail en équipe comporte à la fois des avantages et des inconvénients. Par exemple, la force du groupe accroît la motivation individuelle et participe à la production de nouvelles idées. En revanche, au nombre des désavantages, permettons-nous simplement de souligner le fait qu'une équipe peut «remorquer» un membre inactif et que la réalisation d'une tâche en équipe exige beaucoup plus de temps. Il est clair que le travail en équipe ne saurait être présenté comme une panacée aux difficultés que peut soulever l'enseignement du droit. Forts de l'expérience vécue au Département des sciences juridiques de l'U.Q.A.M., nous demeurons néanmoins convaincus que les avantages dépassent largement les désavantages. Les études théoriques et les constatations empiriques démontrent clairement que le travail en équipe constitue une formule avantageuse, tant au plan de l'apprentissage cognitif (1.1) qu'au plan de l'atteinte des objectifs d'ordre affectif (1.2).

## 1.1 Les avantages au plan cognitif

L'apprentissage cognitif, soit celui du domaine des connaissances, renvoie à l'ensemble des objectifs qui traitent du rappel des connaissances et du développement des habilités et des capacités intellectuelles.<sup>7</sup> Les objectifs d'apprentissage du domaine cognitif sont classés et hiérarchisés, suivant la taxonomie bien connue de Bloom,<sup>8</sup> sur une échelle de six niveaux, chacun d'eux se situant à un palier différent. Certains sont élémentaires, d'autres exigent une démarche intellectuelle plus complexe.<sup>9</sup> Ainsi, selon la théorie de Bloom, l'apprentissage des connaissances est un processus progressif qui doit s'effectuer d'un niveau élémentaire plus concret vers un niveau supérieur plus abstrait. L'atteinte des objectifs liés à un palier est nécessaire avant qu'un étudiant puisse passer à un palier supérieur. Ces niveaux sont, par ordre croissant : l'acquisition des connaissances (1.1.1), la compréhension (1.1.2), l'application (1.1.3), l'analyse (1.1.4), la synthèse (1.1.5) et l'évaluation (1.1.6). L'atteinte de l'ensemble de ces niveaux permet de construire un véritable processus de pensée autonome.

Dans quelle mesure le travail d'équipe favorise-t-il l'atteinte de ces objectifs d'apprentissage? Pour répondre adéquatement à cette question, il importe de scruter le contenu des objectifs de chacun des niveaux.

### 1.1.1 L'acquisition de connaissances

Les objectifs du premier niveau visent l'acquisition des connaissances. Il s'agit essentiellement, pour l'étudiant, d'acquérir de nouvelles notions. On pense ici à la mémorisation de faits particuliers ou généraux, de méthodes propres à un système ou à un processus de pensée.<sup>10</sup> Pour l'étudiant en droit, il peut s'agir des connaissances liées à des définitions, des principes, des règles ou des lois.

---

7. B. S. Bloom et al., *Taxonomie des objectifs pédagogiques*, t. 1, *Domaine cognitif*, trad. par M. Lavallée, Montréal, Education Nouvelle, 1969 à la p. 9 [ci-après *Domaine cognitif*].

8. *Ibid.*

9. R. Prigent, *supra* note 2 à la p. 33.

10. *Domaine cognitif*, *supra* note 7 aux pp. 67-99.

L'acquisition des connaissances se subdivise en trois catégories. La première, la connaissance de données particulières, exige que l'étudiant puisse se rappeler des éléments spécifiques d'information; dans un contexte juridique, cette étape pourrait consister à *se rappeler* des faits d'un jugement ou des règles de la formation d'un contrat. La seconde, la connaissance des moyens, permet à l'étudiant d'utiliser les données particulières qu'il a acquises. Par exemple, il peut lui être demandé de situer de façon chronologique les données acquises ou de comprendre les façons d'organiser cette information. L'étudiant en droit pourrait ainsi être requis de connaître les éléments qui permettent de structurer les faits d'une décision judiciaire ou encore devrait pouvoir *identifier* les paliers d'appel. Enfin, la dernière catégorie est la connaissance des représentations abstraites. Il s'agit ici de connaître ce qui permet d'organiser une théorie, par exemple la capacité d'*énumérer* les règles d'un concept juridique tel que l'abus de droit.

### 1.1.2 La compréhension des connaissances

Bien sûr, soucieux de la formation de ses étudiants, un professeur de droit ou un chargé de cours ne saurait se satisfaire de l'atteinte de ce premier niveau d'apprentissage. Celui-ci doit s'assurer que l'étudiant comprenne. Le fait qu'un étudiant retienne par coeur une information ne signifie pas nécessairement qu'il la comprend. L'enseignant doit vérifier chez ce dernier la capacité de transformer l'information acquise, de l'interpréter et d'extrapoler cette information à d'autres situations qui n'ont pas encore été explorées. Le second niveau d'objectifs est donc celui où l'étudiant apprend à se servir de l'information, sans cependant être rendu à l'étape où il peut établir des liens entre les diverses informations qu'il possède.

À ce stade, l'étudiant va au delà de la simple écoute passive ou de la mémorisation. Il lui faut être en mesure de réaliser trois opérations.<sup>11</sup> Premièrement, il doit pouvoir décrire en ses propres mots les concepts appris; il fait preuve alors d'une capacité de transposition. Ce faisant, il est en mesure de répondre à une question ou de discuter d'un sujet mémorisé. En second lieu, l'étudiant doit pouvoir interpréter une information. Il lui faut alors développer

---

11. *Ibid.* aux pp. 100-106.

la capacité de s'interroger sur des situations factuelles pour savoir si elles respectent les règles juridiques acquises. Enfin, il doit s'ouvrir à l'extrapolation, en étant capable, par exemple, de juger si des faits légèrement différents auraient entraîné des conséquences juridiques différentes.

Pour atteindre ce deuxième niveau d'apprentissage, un enseignant doit donc proposer des activités qui permettent à ses étudiants de *transposer*, d'*interpréter* et d'*extrapoler*. S'il se contente de fournir de l'information à l'aide d'exposés magistraux, il ne peut présumer que ses étudiants comprennent.

Bien réalisé et encadré, le travail en équipe facilite l'acquisition et la compréhension des connaissances. L'apprentissage cognitif de chaque membre peut être favorisé par le dynamisme et la synergie contenue à l'intérieur de l'équipe, par la multiplicité des expériences et par le fait d'être exposé aux idées des autres. L'obligation de confronter sa compréhension d'un point de droit et de défendre son point de vue engendre une meilleure assimilation de la matière. Cette confrontation est aussi de nature à permettre de mieux structurer les concepts propres à une théorie. En outre, le recours à la discussion en équipe et l'explication fournie à un pair, activités propres au travail en équipe, revêtent une dimension pédagogique dans laquelle les étudiants sont appelés à développer les capacités de transposition, d'interprétation et d'extrapolation.

### **1.1.3 L'application des connaissances**

Au troisième niveau d'apprentissage, l'étudiant apprend à appliquer les connaissances acquises. Il ne sert à rien de comprendre si l'on ne peut appliquer. L'étudiant doit, en conséquence, faire preuve d'autonomie en cette matière. On attend de lui qu'il soit en mesure d'appliquer la loi sans qu'on lui explique comment elle intervient dans un cas particulier. À partir d'une situation de faits donnée, il lui est demandé de dégager les règles juridiques applicables sans

instructions particulières. Il s'agit de placer l'étudiant dans une situation qui l'oblige à utiliser ses connaissances théoriques pour résoudre un problème pratique. Cet exercice lui permet

«1° d'identifier les éléments connus et inconnus du problème; 2° de restructurer ces éléments conformément à un modèle connu; 3° de choisir une méthode ou un principe permettant de résoudre le problème ; 4° de résoudre ce problème en employant cette méthode ou en appliquant ce principe».<sup>12</sup>

La résolution de problèmes simples réalisée en équipe constitue une excellente façon d'atteindre les objectifs du niveau d'application. La discussion, l'interaction et la confrontation produites par la synergie du groupe participent à installer un climat favorable à l'échange des points de vue et des solutions envisageables. Du choc des idées jaillit la lumière. Ainsi en est-il de la discussion qui s'anime autour des différentes solutions apportées par le groupe. La comparaison des solutions au problème soumis, mais bien plus encore la justification de chacune d'elles contribuent à confronter chaque membre de l'équipe à sa compréhension du problème et aux mécanismes de résolution qu'il a employés. Afin de bien les expliquer et de les justifier à ses coéquipiers, l'étudiant doit, dans un premier temps, s'assurer lui-même de bien maîtriser les concepts et les règles qu'il a appris (premier et second niveaux d'apprentissage), mais aussi d'être en mesure de comprendre le procédé d'application juridique qu'il a suivi (troisième niveau d'apprentissage). L'avantage de l'équipe est net : on assimile souvent mieux un processus lorsqu'on est forcé de l'expliquer aux autres. Chaque étudiant reçoit au surplus une rétroaction immédiate sur ses hypothèses de solution, ce dont il ne peut bénéficier lorsqu'il travaille de manière isolée.

Les trois derniers niveaux d'objectifs mettent en cause des activités intellectuelles plus abstraites.

---

12. R. Prigent, *supra* note 2 à la p. 38.



#### 1.1.4 L'analyse des connaissances

Le quatrième niveau est celui relatif à l'analyse. Bloom en parle comme d'une aide à la compréhension et un prélude à l'évaluation.<sup>13</sup> Il s'agit de

«développer chez les étudiants l'habileté à distinguer dans une communication, le fait de l'hypothèse, à identifier les conclusions et les propositions qui les étayent, à distinguer le matériel pertinent de celui qui ne l'est pas, à noter comment une idée se rapporte à une autre, à découvrir quelles hypothèses non exprimées sont impliquées dans un exposé [...]»<sup>14</sup>.

Analyser implique donc la recherche des éléments utilisés dans la communication et la reconnaissance de la fonction de chacun de ces éléments. L'analyse force ainsi l'étudiant à chercher les relations entre les diverses parties d'un texte ou d'une communication. Ces opérations impliquent organisation et structure. Ce niveau peut être atteint lorsque l'on exige de l'étudiant qu'il recoure, dans le cadre d'un ensemble d'informations précises, à des raisonnements déductifs ou hypothétiques. L'enseignant s'attend donc à ce que celui-ci puisse scinder une situation problématique en ses diverses composantes, identifier les rapports entre chacune d'elles, puis expliquer les principes sous-jacents en vue de résoudre le problème.<sup>15</sup> Ainsi, à la lecture d'une décision judiciaire, l'étudiant en droit doit-il être capable, une fois ce niveau atteint, de distinguer ce qui constitue l'*obiter dictum* de la *ratio decidendi*. De même, il devrait pouvoir distinguer les types de raisonnement juridique mis de l'avant par le tribunal.

Les projets qui visent la réalisation de travaux pratiques élaborés et l'étude de cas sont des moyens qui permettent d'atteindre les objectifs de ce niveau. Associés au travail d'équipe, ces projets fournissent l'occasion d'un meilleur apprentissage. Tout comme pour l'objectif du troisième niveau (application), la défense d'un point de vue dans le cadre d'une discussion et l'interaction entre les membres de l'équipe favorisent le développement de la

---

13. *Domaine cognitif, supra* note 7 à la p. 163.

14. *Ibid.*

15. R. Prigent, *supra* note 2 à la p. 39.

faculté d'analyse. En outre, la recherche de plusieurs éléments dans une situation donnée procède beaucoup mieux en équipe, chaque membre apportant sa contribution à la réalisation de la tâche. L'addition des forces constitue un atout non négligeable dans le contexte d'une tâche imposante ou complexe.

### **1.1.5 La synthèse des connaissances**

L'objectif du cinquième niveau se veut un processus créatif. La synthèse est l'étape où l'on cherche à développer chez l'étudiant «l'expression personnelle et l'indépendance de pensée».<sup>16</sup> Elle consiste, dans les limites d'un problème particulier, à réunir des éléments afin de constituer un tout. Dépassant l'étape du simple résumé, lequel se situe plutôt aux deux premiers niveaux d'apprentissage, la synthèse exige de l'étudiant qu'il construise un texte nouveau qui offre plus que la somme des informations colligées dans les documents originaux. Par sa réflexion, l'étudiant doit contribuer à la création d'un texte inédit ou à la découverte d'une idée nouvelle.

Par exemple, la rédaction d'un mémoire d'appel ou de première instance (notes et autorités) fait appel à cette habileté. Le mémoire fournit à la fois la synthèse du droit sur une question particulière, mais permet également de faire ressortir les éléments avantageux pour l'une des parties au litige. Il s'éloigne, comme nous l'énoncions précédemment, du simple résumé et requiert la maîtrise cumulative des cinq premiers niveaux d'apprentissage. De même, la production d'une oeuvre personnelle, l'élaboration d'un plan d'action, la résolution de problèmes complexes ou la mise sur pied d'un projet constituent l'aboutissement d'un effort de synthèse.

Le travail d'équipe peut permettre d'atteindre plus facilement les objectifs de ce niveau lorsque les étudiants sont appelés à résoudre un problème ou à réaliser un plan d'action ou un projet collectif. Pareille tâche peut aussi être réalisée en plusieurs parties, en confiant la réalisation de chacune à plusieurs personnes.<sup>17</sup> Générateur d'idées, le travail en équipe favorise indubitablement l'expression de la créativité, beaucoup plus que ne saurait le faire l'isolement.

---

16.      *Ibid.* à la p. 41.

17.      *Ibid.* à la p. 42.

Par les différentes perspectives qu'elle présente, la discussion à l'intérieur d'un petit groupe peut contribuer à enrichir la réflexion personnelle, à la rendre plus nuancée et plus convaincante. La synthèse qui se dégage de l'exposé de différents points de vue et convictions accroît le bagage académique de chacun des membres de l'équipe. Les propos de Bloom situent bien cette perspective tout en la résumant :

«[...] les étudiants peuvent travailler en groupe pour définir les problèmes importants [...], proposer des hypothèses expliquant des phénomènes [...]. De telles activités devraient favoriser la pensée créatrice, une certaine indépendance dans la façon d'aborder le problème, ainsi que l'esprit de coopération [...]».<sup>18</sup>

#### **1.1.6 L'évaluation des connaissances**

Dans la poursuite des objectifs de la taxonomie de Bloom, il appartient enfin à l'étudiant de développer son jugement critique. Ainsi, l'évaluation se présente comme le niveau ultime des objectifs d'apprentissage du domaine cognitif. Elle s'assimile à la capacité de porter un jugement qualitatif ou quantitatif. En d'autres mots, l'étudiant doit faire preuve de sens critique à l'égard d'idées ou de règles auxquelles il a été confronté ou de travaux qu'il a réalisés. Par exemple, il devrait être en mesure d'évaluer les inconsistances d'un raisonnement juridique ou les conséquences juridiques, économiques ou sociales d'une décision judiciaire.

L'évaluation procède de deux manières : il est possible de juger de façon intrinsèque ou de façon comparative. Dans le premier cas, on fait référence «à des critères de logique, de cohérence ou de rigueur scientifique»,<sup>19</sup> alors que, dans le second cas, on confronte l'objet d'étude à d'autres études semblables.

---

18. *Domaine cognitif, supra* note 7 à la p. 188. Les propos de Benjamin S. Bloom s'intègrent dans le cadre de propos sur la formation générale des étudiants. Il s'interroge notamment ici sur la formation des étudiants au niveau élémentaire. Ces propos conservent, nous semble-t-il, toute leur valeur au niveau universitaire.

19. R. Prigent, *supra* note 2 à la p. 44.

La discussion, les critiques ou les autocritiques écrites ou orales constituent des activités qui favorisent l'atteinte des objectifs de ce niveau. Pareilles activités sont inhérentes au travail d'équipe bien réalisé. Avant de présenter sa solution, le membre d'une équipe procédera dans bien des cas à une autocritique. Il arrive d'ailleurs fréquemment que cet examen ait lieu simultanément à la présentation orale. De plus, l'émission d'une idée appelle souvent son évaluation par les membres récepteurs dans l'équipe. Il est, en effet, plus facile de critiquer les idées des autres que les siennes. L'interaction générée par le groupe crée un climat propice à la critique. La diversité des points de vue apportés par les différents membres de l'équipe constitue un atout majeur dans le développement de cette habileté, en invitant tous et chacun à voir ou à concevoir l'idée différemment, à prendre du recul face à certaines idées préconçues et, surtout, à ne rien tenir pour acquis. On peut même avancer que ce développement se réalise beaucoup plus facilement en équipe qu'en travaillant de manière isolée.

En définitive, l'étudiant dont la formation juridique est complète devrait connaître les règles de droit, les comprendre, être en mesure de les appliquer à une situation particulière, d'analyser leurs composantes, de les réorganiser afin de les utiliser de façon créatrice pour le meilleur intérêt de son client et, enfin, d'évaluer leur pertinence et leur impact pour le client et pour la société en général.<sup>20</sup>

Ces objectifs, liés au domaine des connaissances, ne sont cependant pas les seuls nécessaires à l'apprentissage humain. La formation universitaire ne peut aucunement être limitée à l'acquisition de connaissances. Au contraire d'une machine, l'étudiant évolue, vit des émotions, obéit à certains systèmes de valeurs, etc. Comme l'énonce Prigent, «le fait d'apprendre implique également la modification, le renforcement, ou l'intégration de plusieurs aspects affectifs, comme les croyances, les attitudes, les valeurs ou les intérêts».<sup>21</sup> Il importe donc d'étudier les avantages et les impacts de la formule du travail en équipe sur les objectifs d'apprentissage du domaine affectif.

---

20. A. Petter, *Les objectifs d'apprentissage et le programme d'une faculté de droit*, Texte inédit, Université de Victoria, Colombie-Britannique, p. 11 (trad. par A. Robinson, Université Laval, Québec).

21. R. Prigent, *supra* note 2 à la p. 45.

## 1.2 Les avantages au plan affectif

Apprendre oblige l'étudiant à modifier ou à renforcer plusieurs aspects affectifs de sa personnalité. Les valeurs, les croyances, les attitudes et les intérêts ont un impact direct sur sa capacité d'apprentissage. Les experts décrivent les objectifs d'apprentissage du domaine affectif comme un processus d'intériorisation qui a pour conséquence de rendre l'étudiant plus apte à répondre, à valoriser puis à conceptualiser les connaissances qu'il acquiert. Ce processus lui permet de développer des valeurs l'aidant par la suite à constituer un système de référence qui caractérisera sa façon de vivre.<sup>22</sup>

La taxonomie relative aux objectifs du domaine affectif comprend cinq niveaux : la réception (1.2.1), la réponse (1.2.2), la valorisation (1.2.3), l'organisation (1.2.4) et la caractérisation par une valeur ou un système de valeurs (1.2.5). À l'instar des objectifs d'ordre cognitif, ces niveaux sont également cumulatifs.

### 1.2.1 La réception

Le premier de ces niveaux est la réception. Apprendre exige que l'on soit conscient des stimuli qui nous entourent. Cette prise de conscience doit cependant être orientée; en plus d'être attentif, il importe que cette attention s'exerce au moment opportun. Cet objectif d'apprentissage ne peut être atteint que si l'étudiant fait preuve de réceptivité aux stimuli et qu'il apprend à diriger son attention en conséquence. L'étudiant en droit qui atteint ce niveau sait être attentif à l'opinion des autres et est en mesure de saisir que ces opinions véhiculent des points de vue différents.

Les objectifs de ce premier niveau sont, on en conviendra, inhérents au travail en équipe. La réunion de quelques étudiants dans un petit groupe maximise la qualité d'attention de chacun, de préférence au degré de réceptivité qu'ils peuvent démontrer individuellement dans un «groupe masse». Chaque membre se sent davantage concerné par les propos de ses coéquipiers et les

---

22. D. R. Krathwohl, B. S. Bloom et B. B. Masia, *Taxonomie des objectifs pédagogiques*, t. 2, *domaine affectif*, trad. par M. Lavallée, Montréal, Éducation nouvelle, 1969 à la p. 51 et s.

possibilités de distraction se veulent moins nombreuses. En outre, en présence d'une bonne synergie, soucieux d'être écouté et compris à son tour, chaque membre aura tendance à accorder aux autres la qualité d'écoute qu'il souhaite obtenir en retour.

### **1.2.2 La réponse**

Le second niveau d'apprentissage affectif consiste à apprendre à répondre. À cette étape, l'étudiant réagit aux stimuli. Pour atteindre ce niveau, il doit être disposé à répondre et ressentir, en conséquence, une «satisfaction». L'étudiant devient «suffisamment motivé pour ne plus avoir seulement la volonté de recevoir mais pour prêter, pourrait-on dire, une attention active à ce phénomène.»<sup>23</sup>

L'étudiant qui, dans le cadre du partage des tâches, déterminé par une équipe de travail, accepte de lire une décision judiciaire parce que cela est requis pour les fins d'une activité et qui apprécie de le faire pour permettre à l'équipe d'atteindre l'objectif qu'elle s'est fixé, réalise une tâche lui permettant d'atteindre cet objectif du second niveau. La répartition des tâches contribue également au développement de la responsabilisation de l'étudiant. Travailler en collaboration avec d'autres personnes est certes plus motivant que de le faire seul. À l'intérieur d'une cellule de travail se crée une énergie de solidarité qui peut rendre la tâche à accomplir moins monotone et plus stimulante.

### **1.2.3 La valorisation**

À l'étape de la valorisation, l'étudiant est en mesure de manifester ses préférences pour des valeurs qui lui tiennent à coeur, de même qu'il se montre prêt à les défendre. L'atteinte de cet objectif implique qu'il puisse alors exprimer son accord ou son désaccord avec les idées d'un tiers ou manifester sa sympathie ou son antipathie à l'égard d'un point de vue. Le comportement de l'étudiant est alors «motivé non par le désir de plaire ou d'obéir, mais par l'engagement

---

23. *Ibid.* à la p. 134.

individuel vis-à-vis de la valeur fondamentale qui détermine le comportement».<sup>24</sup>

Grâce au forum qu'il procure et à la diversité de valeurs et d'opinions que peut receler un petit groupe, le travail en équipe propose une situation idéale pour atteindre cet objectif. Les discussions et les prises de décision collective constituent des véhicules tout indiqués pour les manifestations préférentielles de valeurs.

#### **1.2.4 L'organisation**

Une fois que l'étudiant a développé un système de valeurs, il lui faut alors l'organiser. Il s'agit du quatrième objectif. Cette organisation exige qu'il structure et intègre son propre système de valeurs. Il lui faut donc voir comment une valeur se rattache à celle qu'il possède déjà et à celle qu'il acquerra éventuellement. Il lui faut aussi apprendre à organiser des valeurs en soi disparates. Un tel système se construit lentement, à la lumière des différentes expériences qui amènent l'étudiant à remettre en cause ou à conserver les valeurs qu'il a intégrées.

Pour apprendre à organiser un tel système de valeurs, il importe que l'étudiant soit confronté à des opinions différentes et à des situations qui l'obligent à débattre de ses propres valeurs. Dans ce contexte, quoi de mieux qu'une équipe de travail pour participer à l'atteinte de l'objectif en cause? Le groupe amène l'étudiant à nuancer davantage ses propos et à revoir ses conceptions. En ce sens, le travail en équipe développe l'esprit critique et l'autocritique. De façon connexe, au moyen des confrontations intellectuelles, les changements d'attitude ou de valeur sont plus facilement réalisables en groupe qu'individuellement, ne serait-ce qu'en raison de la pression exercée par le groupe ou des relations amicales qui peuvent s'établir à l'intérieur de l'équipe.

---

24. *Ibid.* à la p. 158.

### 1.2.5 La caractérisation par une valeur ou un système de valeurs

Le dernier objectif d'ordre affectif est la caractérisation. La caractérisation est ce qui permet de décrire un individu en fonction de

«ses caractéristiques personnelles uniques, c'est-à-dire de ses ensembles fondamentaux d'orientations qui se composent d'une grande variété de comportements disparates et [...] de sa philosophie de vie — ou de sa composition de l'univers; — ses principes, ses idéaux, son credo personnel, qui permettent l'intégration et la cohérence des différents aspects de sa vie.»<sup>25</sup>

Les auteurs considèrent que cet objectif ne peut être atteint dans le cadre d'un enseignement, puisqu'il exige que l'étudiant ait développé une philosophie personnelle.<sup>26</sup> Cette philosophie, bien qu'elle puisse se structurer à la faveur d'enseignements, nécessite une réflexion construite à la lumière d'une multitude d'apprentissages cognitifs et affectifs. Par la mise en commun d'expériences riches en diversité, l'équipe peut, à ce titre, constituer un forum propice à ces divers apprentissages hors de la salle de cours et du contexte de l'enseignement traditionnel.

Le travail d'équipe comporte manifestement plusieurs avantages au point de vue de l'apprentissage affectif, lesquels facilitent l'atteinte des différents niveaux décrits ci-haut, en plus de favoriser l'atteinte des objectifs d'ordre cognitif. Qu'il s'agisse de l'énergie de solidarité qui contribue à motiver l'étudiant à travailler et à apprendre, de la création de liens d'amitié qui rendent l'acceptation de la critique plus facile ou de la solidarité interculturelle ou intergénérationnelle qui participe à l'intégration universitaire de certaines catégories d'étudiants, ces conditions d'apprentissage se veulent tout aussi importantes dans le processus de formation de l'étudiant qu'un bon bagage de connaissances.

Outre le rappel des fondements en matière d'objectifs d'apprentissage, les propos qui précèdent avaient pour but de démontrer la pertinence du travail

---

25. *Ibid.* à la p. 187.

26. *Ibid.* aux pp. 187-188.



en équipe dans le cadre d'une formation juridique. Mais, considérée isolément, cette pertinence n'est pas garante de l'atteinte des objectifs poursuivis. La meilleure façon de tirer les avantages du travail en équipe et d'en minimiser les inconvénients reste encore de consacrer le temps nécessaire à l'étape de la formation d'une équipe. Il importe donc, dans la seconde partie, de présenter certaines règles élémentaires gouvernant cette étape trop souvent escamotée de la formation d'une équipe.

## **2. La formation d'une équipe**

D'entrée de jeu, nous avançons que le travail en équipe constitue désormais une pratique courante dans le milieu professionnel. Il importe donc de préparer les étudiants à cette réalité. En plus d'apprivoiser l'avenir, cette activité leur permettra d'acquérir des habiletés qu'une formation «classique» ne peut offrir à elle seule. On pense ici au sens de l'organisation ou des responsabilités, au leadership et à la capacité de tenir efficacement des réunions.

Les règles élémentaires sous-jacentes au travail en équipe efficace doivent donc faire partie intégrante de la formation universitaire juridique. L'expérience démontre, en effet, que la plupart des étudiants ignorent l'existence de ces règles. En fait, elles échappent à leur connaissance tout simplement parce qu'elles ne leur ont jamais été enseignées. L'étude de ces règles ne fera pas l'objet de nos propos. Nous nous contenterons d'aborder les questions préliminaires qui s'imposent avant même que l'on puisse efficacement travailler en équipe. Nous verrons quelles sont les conditions préalables qui doivent exister pour que l'on puisse former adéquatement une équipe (2.1) et quel rôle l'enseignant doit jouer dans la préparation et dans l'encadrement de cette étape (2.2).

### **2.1 Les conditions préalables**

Un équipe de travail ne devient véritablement efficace que lorsqu'elle apprend à transformer l'énergie de chacun de ses membres en une synergie, c'est-à-dire une énergie collective.<sup>27</sup> Cette transformation est possible dans la mesure

---

27. R. Prégent, *supra* note 2 à la p. 205.

où deux facteurs sont respectés. En premier lieu, il importe que chaque membre identifie et valorise une cible commune.<sup>28</sup> En second lieu, il apparaît nécessaire de créer des relations interpersonnelles harmonieuses.<sup>29</sup> Ces préoccupations doivent donc être présentes dès l'étape initiale de la formation d'une équipe, à défaut de quoi l'équipe de travail ne dépassera pas le stade d'un regroupement de personnes travaillant à la réalisation d'une tâche commune et menant, plus souvent qu'autrement, à la juxtaposition de prestations individuelles.

Le psychologue québécois Yves St-Arnaud symbolise ainsi la dynamique de l'énergie dans un groupe<sup>30</sup> :

$$E^t = E^p + E^s + E^e + E^r$$

Cette équation illustre que l'énergie totale présente dans un groupe ( $E^t$ ) est composée de la somme de l'énergie de production ( $E^p$ ), de l'énergie de solidarité ( $E^s$ ), de l'énergie d'entretien ( $E^e$ ) et de l'énergie résiduelle ( $E^r$ ). Quelques commentaires permettront de mieux comprendre l'importance que l'on doit attacher à la composition d'une équipe.

On conviendra que l'énergie totale d'une équipe de travail doit être consacrée principalement à la réalisation d'un objectif commun ou d'une tâche à accomplir. Il s'agit de l'*énergie de production*. Cette énergie est productive dans la mesure où chaque membre de l'équipe partage la même perception de l'objectif à atteindre. Cette énergie sera d'autant plus forte que les membres, en plus d'avoir une perception commune, valorisent l'atteinte de cet objectif et sont motivés par la réalisation de la tâche.

En second lieu, l'équation de St-Arnaud montre clairement qu'une équipe ne peut fonctionner en l'absence d'une *énergie de solidarité*. L'équipe doit donc consacrer une partie de son énergie totale à maintenir un climat de confiance et à entretenir des relations interpersonnelles harmonieuses et durables. L'énergie

---

28. Y. St-Arnaud, *Les petits groupes : Participation et communication*, 2e éd., Montréal, Presses de l'Université de Montréal / Éditions du CIM, 1989 aux pp. 12-15.

29. Voir, notamment, J.-M. Aubry et Y. St-Arnaud, *Dynamique des groupes*, Montréal, Éditions de l'homme, 1963 aux pp. 13-15.

30. St-Arnaud, *supra* note 28.

de solidarité sera d'autant plus grande que «les membres sont en mesure de se manifester mutuellement de la sympathie, de la compréhension et du respect, et ce malgré les différences de personnalités ou les divergences de vue avouées».<sup>31</sup> Ainsi, plus les membres d'une équipe éprouvent du plaisir à se rencontrer, à discuter et à cultiver des relations interpersonnelles, plus l'énergie de production sera efficace. Pour qu'une équipe conserve un niveau acceptable d'efficacité, il sera toutefois important qu'elle ne consacre pas plus de temps à l'énergie de solidarité qu'à son énergie de production.

Une équipe dont l'énergie de solidarité est bien enracinée consacrera peu de temps à *l'énergie d'entretien*. Cette dernière est celle que doivent consacrer les membres pour assurer des conditions de travail favorables. Une bonne équipe de travail doit être en mesure d'éliminer les obstacles qui l'empêchent d'atteindre son objectif ou qui nuisent à l'existence de relations interpersonnelles harmonieuses, par exemple les conditions matérielles impropres dans lesquelles se déroule le travail, le retard de certains participants ou le stress accompagnant la fin du trimestre. L'équipe doit consacrer une partie de son énergie totale à éliminer ou à maîtriser ces obstacles; plus l'énergie d'entretien est élevée, plus faible se veut forcément celle réservée à la production. Il ne faut pas croire pour autant qu'une bonne équipe de travail n'a pas à consacrer une partie de son temps à l'énergie d'entretien. Une équipe efficace est plutôt à même de régler rapidement et adéquatement les obstacles qui nuisent à l'accomplissement de sa tâche, sans évidemment consacrer l'essentiel de son énergie à cette finalité. Si tel était le cas, elle deviendrait totalement improductive.

L'équipe devrait donc utiliser toute l'énergie disponible à accomplir sa tâche, à maintenir un climat de travail agréable et à surmonter les obstacles qui peuvent se présenter à elle. En conséquence, *l'énergie résiduelle*, ou non utilisée, devrait donc demeurer inexistante à l'intérieur du groupe. Cette énergie demeure souvent à l'état latent, constituée la plupart du temps d'un refus de collectiviser les énergies individuelles en présence. Ainsi en va-t-il du retard ou de l'absence de certains membres aux réunions, de la passivité de certains ou encore de leur refus de s'impliquer activement. En agissant de la sorte, les membres privent l'équipe d'une énergie potentielle. L'énergie demeure cependant disponible à

---

31. R. Prigent, *supra* note 2 à la p. 206.

l'intérieur de la sphère d'activité du groupe, sauf qu'elle n'est pas mise à son service, c'est pourquoi St-Arnaud la comptabilise. On comprend alors que plus l'énergie résiduelle est faible, plus l'équipe a des chances de bien réaliser la tâche qui lui est dévolue. Au contraire, plus elle est élevée, plus grandes sont les possibilités que l'équipe n'atteigne jamais ses objectifs.

Ayant ces notions à l'esprit, quels éléments faut-il alors considérer au moment de la formation d'une équipe?<sup>32</sup>

Dans un premier temps, il convient de s'assurer que les étudiants ont une connaissance minimale de soi et des autres membres qui composeront l'équipe. En effet, une bonne connaissance de ses propres exigences et comportements et de ceux qui nous entourent apparaît comme un préalable essentiel à toute relation minimalement harmonieuse dans une équipe (E<sup>s</sup>). Cette prise de connaissance doit être doublée d'une discussion sur la perception de la tâche à réaliser en équipe, dont le but évident est de vérifier si les membres partagent une cible commune avec une perception et une motivation similaires (E<sup>p</sup>).

Deuxièmement, il semble crucial de sensibiliser les étudiants à l'importance des échanges à l'intérieur d'une équipe (E<sup>s</sup>). Trop d'équipes de travail sont vouées à l'échec en raison du manque de communication qui les habite. Il doit exister un minimum d'interrelations entre les membres pour qu'une équipe fonctionne. Ces échanges doivent aussi véhiculer un minimum de signification émotive. Pour aspirer à une certaine cohérence, l'équipe doit atteindre un niveau de vie émotif minimal. Pratiquement, ceci veut dire que les membres de l'équipe doivent partager une certaine dose de connaissances au plan personnel, de façon à pouvoir se définir collectivement les uns par rapport aux autres.

En troisième lieu, l'équipe doit, à la manière d'une microsociété, se donner des règles de fonctionnement. En l'absence de telles règles communes, l'équipe ne peut fonctionner de manière proprement efficace et productive. Les membres de l'équipe doivent donc définir, notamment, certaines règles qui

---

32. On peut consulter sur cette question P. Dionne et G. Ouellette, *La gestion des équipes de travail*, Boucherville, Gaëtan Morin, 1981 aux pp. 5-24.

concernent la participation, la présence, l'horaire des réunions, les échéanciers, etc. Ils peuvent aller jusqu'à adopter un code d'éthique qu'ils s'imposent volontairement de respecter.<sup>33</sup>

Conscient de ces réalités et de ses responsabilités à l'égard de la formation de ses étudiants, l'enseignant doit être en mesure de proposer à ces derniers des moyens adéquats, de manière à ce que l'équipe se forme favorablement.

---

33. Aux trois principaux éléments dont il faut tenir compte lors de la formation d'une équipe pourrait s'en ajouter un quatrième, beaucoup plus complexe, sur la sensibilisation des membres d'une équipe au phénomène de la sélectivité de la perception. Sur cette question, on peut lire : *Ibid.* à la p. 9. Quelques règles permettent de résumer ce phénomène. La première est la loi de la fermeture, notion bien connue dans le domaine de la communication. Il s'agit de la tendance à compléter les stimuli isolés pour constituer un tout complet. L'expression «qui ne dit mot consent» en constitue une illustration éloquentة (*Ibid.* à la p. 9). Une seconde règle est celle de la continuité. Celui qui perçoit établit alors des liens entre la situation présente et une autre qu'il a déjà connue. La troisième règle importante concerne la proximité. Il s'agit de la tendance à établir des liens entre des événements qui sont rapprochés. Enfin, la dernière règle est celle de la similarité, laquelle consiste à regrouper les éléments qui se ressemblent. Par exemple, un membre aura tendance à accorder telle caractéristique à tel groupe sans nuancer (ex. : «les hommes sont rationnels; les femmes sont émotives»). Ce phénomène de la sélectivité de la perception a un impact important dans le cadre d'une équipe de travail. En effet, ce phénomène est étroitement associé au concept de la marginalité. Par exemple, un individu émotif oeuvrant dans un groupe de personnes essentiellement rationnelles a de fortes chances d'être marginalisé. De la même manière, une perception différente de la tâche à accomplir risque d'être marginalisée. Le groupe a généralement tendance à vouloir rendre le marginal conforme aux positions collectives. Pareille attitude est de nature à perturber sérieusement le fonctionnement de l'équipe. Il importe de retenir qu'il n'existe pas de bonnes ou de mauvaises perceptions. Une équipe ne saurait cependant bien fonctionner si tous n'ont pas la même perception de l'objectif commun à atteindre.

## **2.2 La préparation et l'encadrement de la formation d'une équipe**

Il est malheureusement de pratique courante de demander aux étudiants de travailler en équipe sans leur offrir un soutien approprié. Les équipes se forment alors souvent au gré des sujets de recherche soumis ou en fonction de facteurs aussi aléatoires que le lieu où l'étudiant est assis dans la salle de cours ou la possibilité de compléter une équipe qui a besoin d'un coéquipier supplémentaire. L'expérience montre que les équipes d'étudiants sont trop souvent le fruit du hasard et que l'étape de la formation de l'équipe est totalement escamotée.

À la lumière des éléments énoncés précédemment, de telles façons de procéder peuvent difficilement garantir le bon fonctionnement d'une équipe de travail. Dans ce contexte, le rôle du professeur ou du chargé de cours s'avère fondamental. Ce dernier a le devoir d'offrir aux étudiants des outils, des balises qui leur permettront de former adéquatement une équipe.

L'enseignant doit, en premier lieu, faire état des conditions minimales du bon fonctionnement d'une équipe. La théorie de St-Arnaud et les notions présentées antérieurement devraient donc être communiquées aux étudiants.

Afin d'inviter chaque membre de l'équipe à acquérir une connaissance minimale des autres membres, le professeur ou le chargé de cours a la responsabilité de proposer un exercice de prise de contact. Il peut, pour faciliter cet exercice, leur suggérer de brosser le bilan des ressources de l'équipe. Chacun peut alors faire part de ses habiletés ou de ses compétences particulières. Idéalement, chaque membre de l'équipe devrait faire état de sa formation et de ses expériences en fonction de l'objet du travail à accomplir. Les étudiants seront ainsi mieux en mesure d'apprécier si les ressources de l'équipe potentielle présentent suffisamment de différences et de complémentarité pour assurer la réalisation adéquate de la tâche.

Dans le cadre de cette discussion, il est également souhaitable que chacun présente sa façon d'envisager le travail d'équipe. Cet échange devrait assurer les membres de l'équipe que les points de vue de chacun sont suffisamment convergents pour que l'équipe puisse fonctionner utilement. Par exemple, des questions sur les avantages et les inconvénients du travail en

équipe et sur l'expérience passée de chacun à cet égard devraient être abordées. La discussion qui s'ensuivra devrait permettre à chacun d'exprimer ses exigences personnelles et d'exposer son point de vue sur les conditions de réalisation optimales d'un travail en équipe. Lors de cette discussion, les étudiants devraient avoir conscience des principes exposés précédemment.

Les étudiants devraient aussi en profiter pour évaluer l'intérêt de chacun à réaliser le travail, de même que leur degré de motivation. Pareille évaluation tient compte de la motivation intrinsèque de chacun à accomplir certaines tâches et à assurer les conditions de réalisation du travail.

Enfin, il est important que chacun établisse clairement et en toute honnêteté ses disponibilités. Cette dernière question, en apparence aléatoire, peut contribuer à éviter que l'équipe soit confrontée à des problèmes insolubles en cours de réalisation qui entraveront gravement l'énergie de production.

Cet exercice a pour objectif fondamental de vérifier si l'équipe satisfait minimalement les conditions requises pour qu'elle puisse fonctionner efficacement : des ressources variées et complémentaires, des valeurs partagées, une sympathie naturelle entre les étudiants, une conception commune du travail à accomplir et une disponibilité opérationnelle. En l'absence de ces conditions optimales, il est recommandé aux étudiants de ne pas adhérer à ce groupe et de poursuivre leur recherche d'une équipe dans laquelle ils pourront évoluer plus favorablement.

Pour faciliter la tâche des étudiants, il est recommandé de leur proposer de conclure un contrat d'équipe. Conçu d'abord et avant tout comme un outil de discussion, ce contrat n'a rien de formel et prend strictement le sens d'une entente que les coéquipiers s'engagent à respecter. Évidemment, par déformation, les étudiants en droit se sentiront spontanément à l'aise avec un tel outil. Il devrait minimalement contenir les points suivants :

1. coordonnées personnelles (noms et numéros de téléphone);
2. les exigences personnelles pour que chacun puisse bien travailler dans cette équipe;

3. les qualités et les forces que chacun croit pouvoir apporter à l'équipe;
4. les objectifs que l'équipe cherche à atteindre;
5. les règles de conduite et d'éthique que les membres de l'équipe ont choisi d'adopter et qu'ils ont accepté de respecter.

C'est lors de la conclusion du contrat que l'étudiant fait le choix d'adhérer à l'équipe et de respecter ses règles de fonctionnement. Les avantages de cette formule d'apprentissage qu'est le travail en équipe ne peuvent se réaliser qu'à ce prix.

### **Conclusion**

Le monde juridique évolue rapidement et la formation du juriste doit s'accorder avec cette évolution. Dans cet esprit, la formation du juriste au travail en équipe répond à une de ces nouvelles réalités. Notre bref propos visait à attirer l'attention sur les avantages du travail d'équipe, mais aussi sur le fait que le travail d'équipe, pour être bien intégré à la formation juridique, ne saurait faire l'objet d'une improvisation. Grande est la responsabilité de l'enseignant face à la formation de leurs étudiants en cette matière. Les principes dont nous avons fait état ne constituent, à ce titre, qu'une ébauche des conditions à satisfaire pour assurer l'intégration adéquate du travail en équipe dans la formation juridique.

Une étude plus poussée nous aurait permis de découvrir que les objectifs d'apprentissage cognitifs qui se situent au niveau supérieur de la taxonomie de Bloom se prêtent généralement mieux au travail d'équipe que ceux qui se situent au niveau inférieur (acquisition de connaissances, compréhension et application). Une formation juridique bien intégrée devrait donc tenir compte de ce fait dans le cadre de l'élaboration du programme des cours. Selon nous, le travail d'équipe ne peut être le fruit d'une initiative spontanée, mais doit plutôt s'intégrer dans un objectif général qui comprend à la fois une formation préalable au travail d'équipe et une intégration «réfléchie» à l'intérieur de cours préalablement identifiés.



Nous espérons que nos propos serviront à alimenter et à susciter la réflexion sur la formation que nous dispensons actuellement aux juristes de demain.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** POUVOIR JUDICIAIRE ET CODIFICATION : PERSPECTIVE HISTORIQUE

**Auteur(s) :** Marie-Claire BELLEAU

**Revue :** RDUS, 1997-1998, volume 28, numéro 1-2

**Pages :** 67-120

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12738>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12738>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## ARTICLE

---

# POUVOIR JUDICIAIRE ET CODIFICATION : PERSPECTIVE HISTORIQUE

par Marie-Claire BELLEAU\*

*L'article relate l'histoire du Livre préliminaire du Code de Napoléon, lequel témoignait de la philosophie des codificateurs au sujet de la codification et de la fonction judiciaire. Avant son adoption, le projet du Code de Napoléon avait été distribué aux juges des tribunaux d'appel et du Tribunal de cassation pour commentaires, lesquels mettaient en relief les divergences fondamentales qui séparaient les juges et les codificateurs. Les juges idéalisait l'effet du Code de Napoléon, alors que les codificateurs en mesuraient les limites et les insuffisances. Cependant, quand il s'agissait de l'expression de la loi, les juges demandaient l'élimination des principes abstraits et généraux proposés par les codificateurs et réclamaient des dispositions concrètes et précises. De plus, pour les codificateurs, la jurisprudence formait une science, alors que pour les tribunaux, elle constituait une véritable plaie. Résultat du débat : un Projet de Livre préliminaire de 39 dispositions réduit à un Titre préliminaire qui n'en compte plus que six.*

*Lors de l'adoption du nouveau Code civil du Québec, le législateur de 1991, à l'instar des codificateurs du Code de Napoléon, a opté pour un pouvoir discrétionnaire judiciaire accru. Dans le contexte contemporain, le débat presque bicentenaire entre les codificateurs et les juges français prend une signification actuelle et soulève la question de savoir quelles auraient été les réactions et les opinions de la magistrature québécoise si elle avait été consultée spécifiquement, comme le furent les juges français au début du 19<sup>ième</sup> siècle.*

*The article recounts the history of the Preliminary Book of the Napoleonic Code, which set out the philosophy animating the codifiers with regards to codification and the judicial function. Prior to its adoption, a draft of the projected Code Napoléon was circulated for comment amongst members of the French Courts of Appeal and the Tribunal de cassation. This revealed the fundamental philosophical differences between the judges and the codifiers. The judges tended to idealise the impact of the Code Napoléon while the codifiers were more aware of its shortcomings. However, on the question of how the law should be expressed, the magistracy demanded the elimination of general abstract principles and their replacement by more specific, concrete rules. Moreover, for the codifiers, jurisprudence constituted a science whereas for the judiciary, it was to be execrated. As a result, instead of a Preliminary Book including 39 provisions, the codification contained a mere six provisions set out in a Preliminary Title.*

*With the adoption of the new Québec Civil Code in 1991, the legislator clearly opted for increasing the discretionary powers of the judiciary. In the contemporary context, the nearly two hundred year ongoing debate between the codifiers and the French courts takes on a new significance and raises the question as to what indeed would have been the reactions and opinions of the Quebec judiciary if it had been specifically consulted prior to adoption of the Code, as had been the French judges at the beginning of the 19<sup>th</sup> century.*

---

\*, Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.

## **SOMMAIRE**

<b>INTRODUCTION HISTORIQUE</b> .....	71
<b>PARTIE 1 - LA LOI</b> .....	75
A - Conception de la loi et de son rôle .....	75
B - Expression de la loi telle que consacrée par le Code .....	85
<b>PARTIE II - LA JURISPRUDENCE ET LA FONCTION JUDICIAIRE</b> .....	97
A - Conception de la jurisprudence .....	97
B - Conception de la fonction judiciaire .....	101
<b>CONCLUSION</b> .....	116
<b>ANNEXE 1 - TEXTE DU LIVRE PRÉLIMINAIRE               PROPOSE PAR LES CODIFICATEURS</b> .....	120
<b>ANNEXE 2 - TEXTE DU TITRE PRÉLIMINAIRE ADOPTÉ</b> ....	124

Le Code civil du Québec, adopté en 1991 et mis en vigueur en 1994, est truffé de dispositions législatives qui augmentent explicitement le pouvoir discrétionnaire des juges en droit civil québécois. Pas moins de 242 dispositions du nouveau code prévoient un pouvoir d'intervention discrétionnaire des juges par des expressions telles que «le tribunal détermine», «le tribunal fixe...», «le tribunal prononce» ainsi que «le tribunal peut»: «...ordonner», «...autoriser», «...dispenser», «...attribuer», «...interdire».<sup>1</sup> Il s'agit sans doute d'un des changements les plus fondamentaux qui distinguent le Code civil du Bas Canada de 1866 de la codification de 1991. Par l'effet de cette politique législative, les juges sont appelés spécifiquement à intervenir «selon leur bon jugement» dans les institutions juridiques de droit privé. Le législateur de 1991 invite ainsi les membres de la magistrature à participer explicitement dans le développement des institutions juridiques et donc à exercer pleinement et ouvertement leur rôle de créateur du droit. Déjà certains auteurs s'interrogent sur l'impact d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire accru dans le nouveau Code civil du Québec parce qu'il entraîne une instabilité juridique.<sup>2</sup>

S'agit-il de la codification d'un pouvoir dont les juges s'étaient investis au cours de leur interprétation du Code civil du Bas Canada? Où s'agit-il plutôt d'un pouvoir accru conféré aux tribunaux québécois? Seule une étude approfondie de l'interprétation jurisprudentielle du Code civil de 1866 permettrait de répondre à ces questions. Néanmoins, il est possible d'avancer l'hypothèse que cet accroissement législatif du pouvoir discrétionnaire judiciaire s'explique en partie par l'effet de l'avènement de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit canadien en général, et ses répercussions sur le droit privé. La Charte canadienne change le rôle traditionnel des juges dans l'élaboration du droit canadien en les invitant à intervenir et à décider dans le domaine réservé à la réglementation politique et sociale de questions morales. En cette fin de siècle, la visibilité accrue du rôle des juges en droit canadien remet en question la légitimité même de l'institution judiciaire.

Dans ce contexte, il est d'intérêt de retourner à certaines pages philosophiques méconnues de la codification en droit civil français. En effet, la polémique, déjà bicentenaire, qui eut lieu entre les codificateurs et les membres des tribunaux et qui transforma nettement la perspective philosophique

- 
1. Je remercie le professeur Daniel Gardner de la Faculté de droit de l'Université Laval pour m'avoir mentionné cette idée.
  2. P.-G. Jobin, «La stabilité contractuelle et le *Code civil du Québec* : un rendez-vous tumultueux», dans Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Yvon Blais, 1997, 417.

du Code de Napoléon, soulève des débats contemporains sur la loi et la fonction judiciaire dans le contexte de la codification. Est-il nécessaire de rappeler que le Code civil du Bas Canada de 1866, que la codification de 1991 a remplacé, avait lui-même comme principale source d'influence le Code civil de Napoléon.

Si la célébrité des discours des quatre codificateurs, et surtout les paroles légendaires de Portalis, est acquise, l'histoire du projet de Code civil de Napoléon demeure obscure. Les commentaires formels des juges des cours d'appel de la France ainsi que du Tribunal de cassation, qui transformeront le projet des codificateurs, restent au silence de l'histoire. En effet, les juges de l'époque cultivent une conception bien différente de celle des codificateurs sur le rôle de la loi et de la jurisprudence. Les codificateurs souhaitent laisser les juges intervenir librement dans les institutions du droit privé. La loi doit prévoir les balises et les paramètres d'un pouvoir judiciaire souple. Contrairement à ces attentes, les juges, qui avaient subi le régime de la terreur et qui conservaient le souvenir et la peur de la guillotine, exigent des contraintes législatives irréalistes. Loin de profiter de l'occasion de la codification pour augmenter leurs pouvoirs et pour jouer un rôle social accru, ils désirent ardemment voir leurs libertés d'intervention restreintes et dictées par la loi. Les échanges écrits entre les codificateurs et les juges au sujet du rôle de la loi et des juges ressuscitent un débat contemporain.

À la suite d'un bref rappel historique, nous allons comparer les perspectives philosophiques des codificateurs et des juges au sujet du rôle de la loi et de la jurisprudence lors de l'élaboration du projet du Code de Napoléon.

## **INTRODUCTION HISTORIQUE**

Le grand Livre préliminaire «Du Droit et des Lois» proposé par les codificateurs dans le projet de Code civil de Napoléon, comprend, à l'origine, 39 articles et porte principalement sur les concepts de loi et de jurisprudence et sur leur rôle dans le nouvel ordre juridique. Il allait se transformer radicalement suite aux commentaires des tribunaux en un simple Titre préliminaire «De la publication, des effets et de l'application des lois en général» composé de six articles. Les vives critiques des tribunaux furent déterminantes pour les rédacteurs du projet de Code civil. Celles-ci les ont influencé et ont provoqué l'élimination presque complète du Livre préliminaire.

La France pré-révolutionnaire constituait un pays diversifié tant dans son organisation sociale que dans son système juridique. Les régions s'opposaient

à l'unification du Royaume. Le droit «romain» dominait dans le Midi, et se distinguait du droit coutumier de la France du Nord. Cette division, déjà en place au XIII<sup>e</sup> siècle, se consolida au cours des siècles qui suivirent par l'action des parlements et la rédaction officielle des coutumes. L'ancien droit se caractérisait par une grande diversité de sources qui rendait son application de plus en plus complexe et arbitraire. La loi jouait un rôle modeste dans ce système dominé par les usages, les coutumes et la jurisprudence. L'unification du droit civil, en marche depuis longtemps, progressait lentement. Les tentatives législatives de Colbert<sup>3</sup> puis de Daguesseau<sup>4</sup> échouèrent dans leur objectif d'unification par la codification. Mais déjà, les œuvres de Grotius, Descartes et Puffendorf laissaient leurs traces dans les pensées. Leur influence ainsi que celle de la philosophie des lumières et la montée du rationalisme entraînaient la naissance d'une conception rationnelle, organisée, systématisée et laïque du droit.<sup>5</sup> Les juristes français commencèrent leur initiation aux théories de l'école du droit naturel moderne. Par contre, le mouvement janséniste, et avec lui Montaigne et Pascal, entretenaient un contre-courant sceptique, anti-rationaliste et anti-utilitariste.<sup>6</sup>

La révolution de 1789, avec la suppression de l'État monarchique et des privilèges, bouleversa profondément la société française. La «souveraineté nationale» fut proclamée comme fondement de la nouvelle société. À l'idée de souveraineté nationale s'associa celle de souveraineté de la loi.<sup>7</sup> Les révolutionnaires français consacrèrent la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire en dogme constitutionnel.<sup>8</sup> L'acquis révolutionnaire sanctionna les principes de laïcisation du droit, d'individualisme égalitaire ainsi qu'une conception volontariste ou spiritualiste de l'homme – mais non de la

- 
3. Les principales ordonnances de Colbert sous Louis XIV portaient sur la procédure civile (1670), le commerce terrestre (1673) et maritime (1681), le système hypothécaire (1673), le droit criminel (1670) et l'esclavage (le Code noir, 1685).
  4. Les ordonnances de Daguesseau sous Louis XV sont plus détaillées et d'objet plus limité que celles de Colbert. Elles portaient sur les donations (1731), les testaments (1735), les faux (1737) et les substitutions fidéicommissaires (1747). Une de ces ordonnances maintenait sur certains points la division du pays en droit écrit et en droit coutumier.
  5. A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil Français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, aux pp. 10-15.
  6. *Ibid.* aux pp. 14-18.
  7. J. Hilaire, *Histoire du Droit et des Institutions (Licence 1ère année)*, Paris, Les Cours de Droit, 1975, p. 174 [ci-après *Histoire du droit*].
  8. Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.



femme. Désormais la loi constituait l'expression de la volonté des citoyens mâles,<sup>9</sup> fondée sur la raison universelle et sur le droit naturel des hommes.

Dès le mois d'août 1789, la réforme judiciaire figure à l'ordre du jour. Plusieurs lois adoptées entre la révolution et la codification commencèrent la mise en œuvre de certaines idées révolutionnaires.<sup>10</sup> La révolution conduisit à la rédaction, par le Comité de législation, de plusieurs projets de Code civil<sup>11</sup> qui deviendront cependant victimes des changements idéologiques qui, déjà, remettaient en question les idées révolutionnaires.<sup>12</sup> Le besoin d'ordre et de stabilité entraînaient un rejet de l'esprit révolutionnaire conçu par ceux qui avaient vécu la révolution comme «le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'état».<sup>13</sup>

---

9. Par exemple, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen stipulait : «La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation.»

10. Par exemple, des dispositions légales portant sur l'obligation de motiver les jugements (Loi du 16-24 août 1790), l'interdiction des arrêts de règlements (Loi du 16-24 août 1790), la création du Tribunal de cassation (Loi de 27 novembre-1 décembre 1790) et du référé législatif (Loi du 16-24 août 1790). L'organisation de la justice civile sous la révolution est fondée sur quatre idées maîtresses (Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 302) : «1) la recherche du règlement de tous les conflits entre particuliers par tous les moyens "naturels" permettant de réduire le plus possible l'intervention [par exemple : l'arbitrage, la justice de paix, la conciliation et le "bureau de paix"]; 2) la simplification des degrés de juridiction; 3) l'organisation de l'appel [...]; 4) enfin l'abandon de la justice retenue.»

11. Les trois projets de Cambacérès dont deux furent présentés en 1793 et le dernier en 1797 ainsi que le projet Jacqueminot présenté le 30 frimaire an VII.

12. Par exemple, le premier projet de Cambacérès fut repoussé parce que trop compliqué. On veut des conceptions plus simples et plus philosophiques. On reprochait au second le contraire : son «style lapidaire», trop concis. Voir P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Osnabrück, O. Zeller, 1968 à la p. xlvij et s. [ci-après *Travaux préparatoires du Code civil*].

13. *Ibid.* à la p. 463 et s.

Les commissaires Tronchet,<sup>14</sup> Portalis,<sup>15</sup> Bigot-Préameneu<sup>16</sup> et Malleville<sup>17</sup> rédigèrent le dernier projet de Code civil, celui qui sera finalement adopté. Ces hommes, formés dans l'ancien régime, mais profondément marqués par l'expérience révolutionnaire, proposent un Code civil modéré cherchant à adapter l'œuvre à son milieu social tout en sauvegardant le patrimoine intellectuel de l'héritage juridique. Ce projet de Code civil acheva le projet d'unification, commencé plus de deux siècles auparavant, par son effort de synthèse de tous les apports.<sup>18</sup> Il provoque un renversement des sources du droit et constitue le chef-d'œuvre du nouveau système légaliste. Avant son adoption, le projet fut distribué au Tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel du pays pour avis. Un débat implicite s'instaura entre les tribunaux d'appel et le Tribunal de cassation et les codificateurs sur le contenu du nouveau code.

Les membres des tribunaux, consultés par le législateur sur le projet de Code civil, furent fortement ébranlés par les transformations apportées au corps judiciaire par la révolution. En effet, il résulta de la période révolutionnaire un climat tendu de surveillance et de concurrence, une dépendance ou une extrême prudence des juges, qui se traduisit par un abandon des responsabilités et des fonctions judiciaires au profit d'autres instances décisionnelles à caractère législatif.<sup>19</sup> Dans ce contexte de réformes fluctuantes et de changements idéologiques, le projet de Code civil fut soumis aux tribunaux d'appel et au Tribunal de cassation pour consultation. Le Livre préliminaire, en particulier, devient la cible de vives critiques des tribunaux d'appel. Même le Tribunal de cassation, lequel manifeste le plus de sympathie pour le Livre préliminaire des

- 
14. Président du Tribunal de cassation; Article 1 de l'arrêté du 24 thermidor; *ibid.* à la p. Ixij.
  15. Commissaire au Conseil des prises; Article 1 de l'arrêté du 24 thermidor; Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. Ixij.
  16. Commissaire au gouvernement auprès du Tribunal de cassation; Article 1 de l'arrêté du 24 thermidor; Travaux préparatoires du Code civil, *ibid.* à la p. Ixij.
  17. Membre du Tribunal de cassation et chargé de remplir la fonction de secrétaire rédacteur; Article 2 de l'arrêté du 24 Thermidor; Travaux préparatoires du Code civil, *ibid.* à la p. Ixij.
  18. Ces apports consistent en l'ancien droit, le droit romain, le droit intermédiaire et l'acquis révolutionnaire.
  19. C. Bloch et J. Hilaire, «Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire» dans M. Vovelle, *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, t. 1, Paris P.U.F., 1987-1988 à la p. 470 [ci-après Nouveauté et modernité]; C. Bloch et J. Hilaire, «Interpréter la loi : Les limites d'un grand débat révolutionnaire» dans *Miscellanea forensia historica*, Amsterdam, 1988, p. 31 [ci-après Interpréter la loi] ; J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, Thèse de Doctorat d'État, Paris II, 1985 à la p. 326.

codificateurs, critique les ambiguïtés du projet et propose une nouvelle rédaction.

Résultat du débat : un Livre préliminaire de 39 dispositions réduit à un Titre préliminaire qui n'en compte plus que six. Cet article vise à analyser la teneur des arguments et des critiques des tribunaux d'appel et du Tribunal de cassation pour mieux cerner leur influence sur les codificateurs, en comparant les idées émises par ces derniers dans leurs observations et la version définitive du projet et du discours préliminaire présentée par les codificateurs.

Des 27 tribunaux d'appel consultés,<sup>20</sup> huit n'ont fait aucune observation sur le Livre Préliminaire.<sup>21</sup> Parmi les tribunaux qui ont émis des critiques, plusieurs n'ont commenté qu'un ou deux des 39 articles du Livre préliminaire proposé. Dans cet article, nous tentons de reconstituer l'enseignement que les codificateurs recueillirent de l'ensemble des critiques des tribunaux d'appel et du Tribunal de cassation. La codification allait entraîner plusieurs transformations fondamentales dans l'exercice de la fonction judiciaire. Ce sujet les touchant intimement, les tribunaux suscitèrent deux pôles de discussion : le premier, axé sur le rôle désormais prépondérant de la loi dans le nouveau système juridique (Partie 1) ; le deuxième, orienté sur la nature de la fonction juridique proprement dite et l'influence de la jurisprudence par rapport à cette nouvelle souveraineté de la loi (Partie 2).

## **PARTIE 1 - LA LOI**

### **A - Conception de la loi et de son rôle**

La philosophie du XVIII<sup>e</sup> siècle a exalté le rôle de la loi comme source du droit.<sup>22</sup> La souveraineté nationale, fondement de l'idéologie révolutionnaire, se double d'une «véritable **religion** de la loi».<sup>23</sup> Dans les premières années de

---

20. Ces Tribunaux d'appel sont : Agen, Aix, Amiens, Angers, Besançon, Bordeaux, Bourges, Bruxelles, Caen, Colmar, Dijon, Douai, Grenoble, Liège, Limoges, Lyon, Metz, Montpellier, Nancy, Nîmes, Orléans, Paris, Poitiers, Rennes, Riom, Rouen, Toulouse. Il faut ajouter à cette liste, le Tribunal de cassation que nous traiterons séparément.

21. Il s'agit des Tribunaux d'appel de : Aix, Angers, Besançon, Colmar, Dijon, Limoges, Nancy et Orléans.

22. Halpérin, *supra* note 19 à la p. 36.

23. Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 174.

la révolution, la «mystique de la loi» s'exprime dans des formules comme : « “mon Dieu, c'est la Loi; je n'en ai pas d'autre”; “non seulement le peuple doit observer la loi, mais il doit l'adorer”; “la loi est la religion de l'État”». <sup>24</sup> Ce discours idéaliste influence codificateurs et tribunaux.

Les juristes de l'époque cherchent d'abord les causes qui ont entraîné la nécessité d'un renversement des sources du droit. <sup>25</sup> Le Tribunal de Lyon énonce les causes ayant conduit à la codification. Il expose les déficiences de l'ancien système que la diversité des sources du droit rendait, selon lui, difficile à appliquer et arbitraire. Il rappelle les nombreuses tentatives d'unification dans les siècles passés et attribue à la révolution, «que dicta le désir de se régénérer par des lois sages et dirigées pour l'utilité commune», le renversement de «l'édifice abhorré de la jurisprudence ancienne». <sup>26</sup> Selon ce tribunal, la diversité des opinions, responsable de la diversité et de l'imprévisibilité des décisions, oblige l'établissement d'une loi commune et prouve la nécessité de la codification. La loi devient ainsi «un régulateur général et commun des jugements», «l'expression certaine de l'équité». <sup>27</sup>

---

24. *Ibid.* à la p. 175.

25. France. Tribunaux d'appel, *Observations des Tribunaux d'appel sur le Projet de Code civil*, Paris, Imprimerie de la République, IX-X, 1802-03 [ci-après Nom de la ville où le Tribunal d'appel siège].

26. «Lyon», *ibid.* à la p. 1.

27. *Ibid.* à la p. 8 : «Aussi tous les juges, tous les législateurs, ont tenu pour principe fondamental, que l'équité naturelle absolument nécessaire aux juges pour l'application de la loi, ne peut pas être la règle unique, la règle fondamentale de leurs décisions; qu'il faut un régulateur général et commun des jugements; que ce régulateur est la loi, qui seule peut être regardée comme l'expression certaine de l'équité[...]»

Ce rappel historique diffère de celui des codificateurs<sup>28</sup> en ce que le Tribunal de Lyon attribue un rôle beaucoup plus important à la diversité de la jurisprudence comme élément causal de l'entreprise de la codification. Les codificateurs confèrent à la diversité des coutumes et au désir d'unification la principale responsabilité de la nécessité d'une loi uniforme. De plus, le Tribunal de Lyon tire des conséquences plus fondamentales de l'effet des lois sur la jurisprudence, comme si la loi constituait le salut, la condamnation et la contrainte capitale de l'arbitraire des juges. Les codificateurs, pour leur part, loin d'attribuer un rôle important à la jurisprudence, insistent sur l'effet destructeur de la révolution, sur la nécessité d'un climat de paix sociale pour entreprendre l'édification d'une loi uniforme et enfin sur les bienfaits des bonnes lois civiles.

Dans le discours préliminaire, les quatre commissaires présentent les bonnes lois civiles comme «le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir».<sup>29</sup> À la suite de cette déclaration, une longue tirade énumère ces bienfaits :

«[...]elles sont la source des mœurs, le *palladium* de la propriété, et la garantie de toute paix publique et particulière : si elles ne fondent pas le gouvernement, elles le maintiennent; elles modèrent la puissance, et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même. Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout; elles sont souvent l'unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté : enfin, elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa

---

28. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 aux pp. 463-465 : «La France, ainsi que les autres grands états de l'Europe, s'est successivement agrandie par la conquête et par la réunion libre de différents peuples. Les peuples conquis et les peuples demeurés libres ont toujours stipulé, dans leurs capitulations et dans leurs traités, le maintien de leur législation civile [...] De là cette prodigieuse diversité de coutumes que l'on rencontrait dans le même empire [...] Des magistrats recommandables avaient, plus d'une fois, conçu le projet d'établir une législation uniforme [...] Mais comment donner les mêmes lois à des hommes qui quoique soumis au même gouvernement, ne vivaient pas sous le même climat et avaient des habitudes différentes? [...] Tout-à-coup une grande révolution s'opère. On attaque tous les abus; on interroge toutes les institutions [...] Alors on revient aux idées d'uniformité dans la législation, parce qu'on entrevoit la possibilité de les réaliser. Mais un bon code civil pouvait-il naître au milieu des crises politiques qui agitaient la France? [...] Aujourd'hui la France respire; et la constitution, qui garantit son repos, lui permet de penser à sa prospérité.»

29. *Ibid.* à la p. 465.

personne et dans ses biens, comme s'il était, lui seul, la cité toute entière.»<sup>30</sup>

Les tribunaux d'appel s'accordent avec les auteurs du projet quant au but des lois, soit garantir les droits et la propriété de chaque individu,<sup>31</sup> mais ils vont plus loin. Le Code civil tout entier doit viser, «dans chaque disposition, le rétablissement et le maintien des mœurs et de la paix publique».<sup>32</sup> Toutes les lois sont saintes et chaque loi constitue la sanction d'elle-même.<sup>33</sup>

Les codificateurs ne s'arrêtent pas à une présentation abstraite de la loi. Pour eux, les lois ne constituent pas seulement «de purs actes de puissance»<sup>34</sup> où le pouvoir, comme au temps de la révolution et de la monarchie, impose son idéologie. Au contraire, elles incarnent des «actes de sagesse, de justice et de raison»<sup>35</sup> qui s'inspirent de l'héritage du passé et de l'expérience. Ils énoncent d'abord les éléments que le législateur doit prendre en ligne de compte pour atteindre l'idéal des lois civiles et présentent ensuite les limites de l'entreprise de la codification.

Dans leur exposé des considérations nécessaires à l'édification des lois, les codificateurs incitent le législateur à tenir compte de l'histoire, de la société qu'il gère, et à se montrer humble dans l'élaboration de la codification entreprise.

Premier avertissement fait au législateur : «les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois».<sup>36</sup> Les codificateurs soulignent, par ce passage, l'importance de créer une loi adaptée à l'organisation sociale qu'elle

---

30. *Ibid.* aux pp. 465-466.

31. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 2 : «[...] la garantie des droits et de la propriété de chaque individu est le principe constitutif de l'ordre social, et doit être le but des lois.»

32. *Ibid.* à la p. 4.

33. «Riom», *supra* note 25 aux pp. 12-13 : «[...] toutes les lois sont saintes, [...] : aucune n'est la sanction des autres; mais elles sont toutes sanctionnées par la puissance législative qui les établit. [...] chaque loi est la sanction d'elle-même, en ce qu'elle ne souffre pas qu'on l'enfreigne».

34. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 466.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*

ordonne.<sup>37</sup> Or, le Tribunal de Riom qualifie cette observation de dangereuse et d'inexacte. Il souligne l'antériorité de la loi, «en tant qu'elle est l'ordre, la sagesse et la justice de Dieu», sur l'homme. Il précise que l'homme est fait pour vivre sous les lois civiles et politiques du Gouvernement qui doivent être formées sur les lois immuables de la nature (c'est-à-dire la loi de Dieu). Cette remarque manifeste la confusion entre deux niveaux de loi : la loi naturelle et la loi du parlement. En somme, pour ce tribunal, l'affirmation que les hommes ne se soumettent pas aux lois équivaut presque à soutenir que les hommes ne sont pas assujettis à Dieu :

«[...] cette idée, qui peut éblouir d'abord, ne lui a point paru exacte et pourrait être dangereuse : car l'homme est né sous la loi, puisque la loi est antérieure à l'homme, en tant qu'elle est l'ordre, la sagesse et la justice de Dieu, qui a créé l'homme à son image; il est même fait pour vivre sous les lois politiques et civiles du Gouvernement où il plaît à Dieu de le placer, puisque, d'une part, il est destiné par sa nature à vivre en société, et que, de l'autre, les lois de son Gouvernement et de sa société doivent être formées sur les lois immuables de la nature, c'est-à-dire, sur ces lois d'ordre, de justice et de sagesse dont les commissaires eux-mêmes conviennent que les législateurs humains ne doivent être que les religieux interprètes. D'où il résulte que dire que l'homme n'est pas fait pour les lois, c'est presque dire que l'homme n'est pas fait pour Dieu, ou, ce qui est la même chose, qu'il n'est pas fait pour sa nature.»<sup>38</sup>

Ce commentaire du Tribunal de Riom constitue un des seuls passages des observations sur le Livre préliminaire qui s'appuie sur une argumentation religieuse. Il montre la vision idéaliste du Tribunal qui voit dans la loi divine la source des lois civiles alors que les codificateurs désirent, quant à eux, s'inspirer de la société qui les entoure.

Cette vision se discerne aussi dans le discours sur la raison humaine. Les tribunaux font appel à la raison naturelle et universelle de l'homme comme source de toute loi positive. La raison naturelle constitue l'essence de l'homme,

---

37. En effet, les codificateurs précisent dans la phrase qui suit : «qu'elles [les lois] doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites [...]» (*Ibid.*).

38. Observation du Tribunal de Riom sur l'affirmation que les «lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois» («Riom», *supra* note 25 à la p. 2).

elle demeure inséparable de sa nature.<sup>39</sup> Par la puissance de ses lumières naturelles, l'homme élabore les lois qui le régissent.<sup>40</sup> Lors de la rédaction des principes du droit commun, le législateur n'agit pas en tant que créateur des lois, il n'incarne «qu'un jurisconsulte qui enseigne, interprète et déclare les documents de la raison universelle».<sup>41</sup>

Deuxième mise en garde des codificateurs : continuité avec le passé et humilité. «Les codes des peuples *se font avec le temps* mais, à proprement parler, *on ne les fait pas*».<sup>42</sup> Le Code civil est conçu comme «l'œuvre de la conscience collective».<sup>43</sup> En conséquence, les codificateurs invitent le législateur à «être sobre» en innovations législatives que la théorie loue mais que seule la pratique montre sous leur vrai jour.<sup>44</sup> Au lieu de proposer des lois nouvelles, il demeure préférable de «présenter aux citoyens de nouveaux motifs

---

39. *Ibid.* à la p. 11.

40. Le Tribunal de Riom commente l'article 1 du Titre I, Définitions générales (*Ibid.*) : «Même dans les connaissances acquises par l'expérience, même dans ses lois arbitraires, l'homme se sert ou doit se servir de sa raison, et ne peut rien faire de bon s'il le fait contre ses lumières naturelles. La raison est inséparable de la nature de l'homme, puisque c'est elle qui [constitue essentiellement ce qu'il est]. Il peut obscurcir cette lumière, en abuser parce qu'il est libre; mais il ne cesse pas plus pour cela d'être animal raisonnable, qu'il ne peut cesser d'être homme. Ainsi, dire que la raison naturelle est la source de toutes les lois positives, **en tant que** [...], c'est limiter la puissance de la raison, c'est supposer qu'on peut faire des lois sans le secours de la raison, ou contre les lumières de la raison.» Plus loin, le même tribunal écrit sur l'article 4 du même Titre (*ibid.* à la p. 11) : «Cependant les lois propres à chaque peuple, soit qu'on les lui ait données ou qu'il les ait adoptées, soit qu'il se les soit données lui-même par l'usage, ne sont ou ne doivent être que des lois déduites de la raison[...]. Or, dire que **le droit intérieur ou particulier** de chaque peuple se compose **en partie** de la raison naturelle, c'est dire nécessairement que, dans les autres parties, il est ou peut être composé ou contre cette raison, ou au moins hors de cette raison; ce qui est évidemment faux, contraire même à ce qu'on vient de dire, que la raison naturelle est la source de tout droit positif.»

41. Le Tribunal de Rouen s'exprime ainsi sur le sujet («Rouen», *supra* note 25 à la p. 2) : «Il y a en effet dans toute législation civile deux parties différentes. La première n'est autre chose que la collection des principes du droit commun; c'est celle qui détermine les notions générales du droit, et surtout l'effet des obligations, la nature et les conséquences de chaque contrat, les règles d'interprétation qui s'y rapportent, &c... Là, le législateur ne crée point la loi; il n'est au fond qu'un jurisconsulte qui enseigne, interprète et déclare les documents de la raison universelle [...] L'autre partie du droit civil forme la législation particulière et positive de chaque peuple.»

42. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 476.

43. Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 215.

44. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 466.



de les [anciennes lois] aimer». <sup>45</sup> Les rédacteurs prennent garde de répudier le patrimoine national. Enfin, le législateur ne doit pas «se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative». <sup>46</sup> Ces idées rappellent celles de Montesquieu pour qui les «lois sont des faits naturels; le législateur leur donne seulement une forme définie». <sup>47</sup> Elles révèlent aussi l'idéologie des rédacteurs qui, marqués par la longue expérience révolutionnaire, se refusent à utiliser la codification pour transformer complètement et brutalement le droit.

Les codificateurs se montrent réalistes aussi sur les limites d'une codification des lois civiles. Premièrement, «[t]out prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre» <sup>48</sup> :

«Quoique l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout[...]

[...] comment enchaîner l'action du temps? comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs? comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre? [...]

Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais.» <sup>49</sup>

Une des conséquences de l'impossibilité de tout prévoir consiste en la nécessité pour les juges d'interpréter la loi afin de l'appliquer à des situations nouvelles. <sup>50</sup> Ainsi, en 1769, Cl. de Ferrière dans son *Dictionnaire de droit et de*

---

45. *Ibid.* à la p. 467.

46. *Ibid.*

47. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748) Paris, Garnier, 1962; Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 215.

48. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 467.

49. *Ibid.* à la p. 469.

50. À ce sujet, voir Partie 2 traitant de la jurisprudence.

*pratique* écrivait que le législateur devant l'impossibilité de tout prévoir, la loi ne peut échapper à l'interprétation.<sup>51</sup>

Contrairement à cette vision des codificateurs, le Tribunal de Lyon parle des «temps paisibles d'un ordre légal» lorsque «le Code aura statué, comme on a le droit de l'espérer, sur tous les contrats connus». <sup>52</sup> Il demeure perplexe quant à la possibilité que des circonstances imprévues se produisent, circonstances qui devront être réglées par le législateur et non par les juges.<sup>53</sup>

Les codificateurs visent aussi la simplification des lois.<sup>54</sup> Cette tâche s'avère essentielle au lendemain de la révolution où l'on reste aux prises avec une diversité toujours grandissante de lois, de coutumes et de jurisprudence. Cependant, les codificateurs cherchent à éviter les dangers d'une trop grande simplification qui «[laisserait] les citoyens sans règle et sans garantie sur leurs plus grands intérêts». <sup>55</sup>

La codification s'avère nécessaire pour faire face à l'inévitable et nécessaire abrogation des lois par la désuétude ou le non-usage que les codificateurs reconnaissent mais refusent d'ériger en principe.<sup>56</sup> Pour les codificateurs, cette abrogation s'opère par :

«[...] [une] puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui

---

51. C. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique : contenant l'explication des termes de droit d'ordonnances, de coutumes & de pratique; avec les juridictions de France*, t. 1 et 2, Paris, Chez Bailly, 1771. Interpréter la loi, *supra* note 19 à la p. 38; Sur l'interprétation des lois voir Partie 2 traitant de la jurisprudence et du rôle du juge.

52. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 9.

53. *Ibid.*

54. Sur le souci de simplifier, les codificateurs écrivent (Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 aux pp. 467-468) : «Il ne faut point de lois inutiles; elles affaibliraient les lois nécessaires; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation. Mais un grand Etat comme la France, qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d'industrie, ne saurait comporter des lois aussi simples que celles d'une société pauvre ou plus réduite.»

55. *Ibid.* à la p. 469.

56. *Ibid.* à la p. 479 : «Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eût peut-être été dangereux de le faire.»

semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même». <sup>57</sup>

Au contraire, le Tribunal de Riom juge toutes les lois justes tant qu'elles demeurent en vigueur. <sup>58</sup>

Enfin, pour les codificateurs, la loi ne possède pas le caractère d'autosuffisance : coutume, usages et jurisprudence <sup>59</sup> en constituent les sources supplétives. <sup>60</sup> Les tribunaux d'appel désapprouvent. Ils critiquent les relations entre les coutumes et les usages et la loi telles que décrites à l'article 4 du Titre I, Définitions générales. L'article 4 se lit : «Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont le supplément des lois.»

Les tribunaux de Lyon, de Paris et d'Amiens opinent que le Code civil est destiné à remplacer, et donc à abroger, toutes les coutumes et tous les usages. <sup>61</sup> Pour eux, un Code «complet et uniforme» <sup>62</sup> abolit tout le droit

---

57. *Ibid.*

58. «Riom», *supra* note 25 à la p. 14.

59. Sur la jurisprudence, voir Partie 2-A.

60. Après avoir expliqué l'impossibilité de tout prévoir par la loi, les codificateurs écrivent (Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 469) : «Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.» Et plus loin, (Travaux préparatoires du Code civil, *ibid.* à la p. 471) : «Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes.»

61. Tribunal d'Amiens («Amiens», *supra* note 25 à la p. 2) : «Les coutumes non écrites ne pouvant faire loi sans donner lieu à une variation continuelle de jurisprudence, il faut supprimer les quatorze derniers mots de l'article 4.» Tribunal de Paris («Paris», *supra* note 25 à la p. 2) : «[...] le Code ayant pour objet de faire disparaître la diversité des lois, occasionnée sur-tout par la reconnaissance d'usages nécessairement variables, et de remplacer ce qui se pratique par ce qui doit se pratiquer [...] il ne doit pas être mention d'usages dans un code destiné à les remplacer par des lois uniformes et écrites.» Voir aussi : «Lyon», *supra* note 24 à la p. 2

62. «Lyon», *ibid.* à la p. 1.

antérieur et non consacré dans son texte. Le Code civil fait table rase du passé.<sup>63</sup> Cette idée d'une abrogation générale et implicite de l'ancien droit est déjà généralement répandue et encouragée dans les réponses du Comité de législation aux tribunaux sous le régime précédant immédiatement la codification.<sup>64</sup>

Tous les bons citoyens en demandant un Code souhaitent «que les lois romaines, les coutumes, les statuts, la jurisprudence, fussent absolument abrogés par la publication du Code civil; que ce Code fût seul la règle des droits et des devoirs du citoyen».<sup>65</sup> Le Code vise l'élimination de la diversité de l'ancien droit. Pour le Tribunal de cassation, «les coutumes et usages **ne doivent et ne peuvent** être que le supplément des lois[...]».<sup>66</sup> Ils ne «peuvent leur être **contraires**, ni les **abroger!**».<sup>67</sup> De son côté, le Tribunal de Montpellier ne conteste pas le rôle que peuvent avoir la coutume et l'usage dans l'élaboration du droit mais se contente de demander des précisions sur le «temps pendant lequel la coutume a dû être observée pour avoir acquis force de loi».<sup>68</sup>

---

63. *Ibid.* aux pp. 1-2 : «Mais lorsque les Français, indignés de n'avoir pas une législation nationale, fatigués des lois romaines, étrangères à leurs mœurs et à la plupart de leurs relations, d'un amas de coutumes et d'usages bizarrement incohérents, de leurs propres lois insuffisantes et souvent obscurcies par les lois romaines, les usages et les coutumes, des funestes effets de la jurisprudence diverse dans les tribunaux, variables suivant les circonstances, et toujours d'un arbitraire effrayant, demandaient à grands cris, depuis plusieurs siècles, un code complet et uniforme; lorsqu'une révolution que dicta le désir de se régénérer par des lois sages et dirigées pour l'utilité commune, a renversé l'édifice abhorré de la jurisprudence ancienne; lorsque déjà plusieurs législateurs se sont occupés d'en établir une nouvelle, serait-il possible qu'on laissât subsister encore les lois romaines, les coutumes, les usages, les statuts locaux, les règlements, et qu'ainsi le nouveau Code jeté au milieu de ce chaos, ne fût qu'un embarras, un malheur de plus?»

64. Interpréter la loi, *supra* note 19 à la p. 34.

65. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 2; Le Tribunal de Paris fait la même observation («Paris», *supra* note 25 à la p. 2) : «[...] le Code ayant pour objet de faire disparaître la diversité des lois, occasionnée surtout par la reconnaissance d'usages nécessairement variables, et de remplacer ce qui se pratique par ce qui doit se pratiquer [...] il ne doit pas être mention d'usages dans un code destiné à les remplacer par des lois uniformes et écrites»; Le Tribunal de Rouen partage le même avis («Rouen», *supra* note 25 à la p. 4) : «Les **coutumes et usages** non sanctionnés par l'autorité publique, ne peuvent avoir force de loi dans un bon Gouvernement, et sur-tout dans un Gouvernement républicain, où la loi doit être une comme sa constitution.»

66. Observations du Tribunal de cassation sur le Projet de Code civil, s.l.n.d., p. 1 [ci-après Tribunal de cassation].

67. *Ibid.*

68. «Montpellier», *supra* note 25 à la p. 2.

Les tribunaux entretiennent une conception des buts et des sources de la loi ainsi que des effets de la codification plus idéaliste et d'une plus extrême abstraction que celle des codificateurs. Ils tiennent un discours théorique lorsqu'ils discutent de la loi en dehors de son expression concrète dans un Code. Ce discours contraste avec celui des codificateurs qui, tout en étant abstrait, s'efforce de mettre en garde le législateur contre de trop grandes ambitions et expose *a priori* les limites de la codification. Nous verrons maintenant si ces deux approches de la loi se reflètent dans le projet de Code et dans les observations des juges faites à la suite de l'examen des dispositions concrètes qu'ils seront chargés d'appliquer.

## **B - Expression de la loi telle que consacrée par le Code**

Pour les codificateurs, l'expression de la loi dans le Code doit demeurer générale et énonciative. L'excès de détails risque de lier trop rigoureusement le juge. Ainsi :

«[l']office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.»<sup>69</sup>

Le Livre préliminaire «Du droit et des lois» proposé avant les consultations sert d'introduction à la philosophie du Code civil. Il se compose de six titres<sup>70</sup> qui traitent respectivement de la définition, de la division, des effets, de la publication, de l'interprétation et de l'abrogation des lois en termes abstraits. Par exemple, le premier article du livre édicte : «Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes.» Cet article donne un fondement métaphysique au projet.<sup>71</sup> Les auteurs du projet parlent de «droit des

---

69. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 470.

70. Ces titres s'intitulent : I- Définitions générales; II- Division des lois; III- De la publication des lois; IV- Des effets de la loi; V- De l'application et de l'interprétation des lois; VI- De l'abrogation des lois.

71. Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 217.

gens»,<sup>72</sup> de «droit universel»,<sup>73</sup> de «droit des gens naturel»,<sup>74</sup> etc... Ils érigent en principes de droit des distinctions philosophiques difficiles à appliquer, en différenciant, par exemple, le «droit naturel» du «droit des gens» en ces termes<sup>75</sup> :

«La raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle *droit naturel*; et elle est appelée *droit des gens*, dans les relations de peuple à peuple.

Si l'on parle d'un droit des gens naturel et d'un droit des gens positif, c'est pour distinguer les principes éternels de justice que les peuples n'ont point faits, et auxquels les divers corps de nations sont soumis comme les moindres individus, d'avec les capitulations, les traités et les coutumes qui sont l'ouvrage des peuples.»

Ou encore, dans cette définition de la loi «chez tous les peuples», en la décrivant comme «une déclaration solennelle du pouvoir législatif sur un objet de régime intérieur et d'intérêt commun».<sup>76</sup>

Les références à ces catégories abstraites s'expliquent. Par exemple, par le biais du concept de «droit naturel», les codificateurs tentent de relier dans un héritage commun le droit de l'ancien régime avec celui de la révolution. Il offre «la **méthode** susceptible d'assurer la **cohérence de l'ensemble**».<sup>77</sup> De plus, cette référence au «droit naturel» contribue à accentuer le caractère individualiste et spiritualiste de l'idéologie révolutionnaire telle qu'elle s'exprime dans le projet de Code civil. La réhabilitation du droit romain peut aussi servir d'exemple. Les codificateurs réintroduisent le droit romain, renié pendant la période révolutionnaire parce qu'associé à la jurisprudence de l'ancien régime, comme expression du droit naturel et de la raison.<sup>78</sup>

---

72. Voir Annexe 1 : Articles 2 et 3 du Titre I, Définitions générales.

73. *Ibid.* Article 1.

74. *Ibid.* Article 3.

75. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 477.

76. Voir Annexe 1 : Article 6 du Titre I, Définitions générales.

77. Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 217.

78. *Ibid.* aux pp. 217-218.

Or, même lorsqu'ils conviennent avec les codificateurs de la véracité des principes énoncés dans le projet, les tribunaux d'appel critiquent cette approche théorique et ce manque de détails. Ainsi, le Tribunal de Paris écrit<sup>79</sup> :

«Rien de plus vrai que ces maximes vagues et quelques autres semblables qui se trouvent dans ce livre préliminaire; mais on ne pense pas qu'on doive faire autant d'articles d'un code, qui ne doit présenter que des règles claires et précises, et non pas des vérités abstraites, qui sont elles-mêmes le résultat d'une méditation sur les lois.»

Le Tribunal de Lyon renchérit : toutes les maximes du projet constituent des «abstractions **métaphysico-légales** ... essentiellement sujettes à controverse, à discussion, à interprétation» qu'il demeure dangereux d'ériger en principes et de consacrer dans un Code.<sup>80</sup> Par exemple, le Tribunal de Lyon s'exprime sur l'article 7 du Titre I, Définitions générales dont la partie pertinente se lit comme suit :

«Elle [la loi] ne statue point sur des faits individuels; elle est présumée disposer, non sur des cas rares ou singuliers, mais sur ce qui se passe dans le cours ordinaire des choses.»

Le Tribunal de Lyon écrit à son sujet :

«Le principe, que la loi ne statue point sur des faits individuels, doit sans doute être dans l'esprit du législateur, et quelquefois dans la conscience du juge; mais n'est-il pas dangereux de l'énoncer dans un Code civil? ne pourrait-on pas en abuser, en soutenant dans chaque affaire que le fait est individuel, et forme une exception à la loi générale?»<sup>81</sup>

Le Tribunal de Paris apporte un commentaire similaire lorsqu'il écrit que le «livre préliminaire érige en article de loi des maximes et des réflexions qui paraîtraient mieux placées dans un traité du droit que dans un code».<sup>82</sup>

---

79. «Paris», *supra* note 25 à la p. 3.

80. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 9.

81. *Ibid.* à la p. 2.

82. «Paris», *supra* note 25 à la p. 3.

Les tribunaux d'appel suggèrent l'élimination des idées vagues et faibles. Par exemple, l'article 1 du Titre IV, **De l'effet des lois**, édicte que «[l]e premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements, et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle». Le Tribunal de cassation propose son élimination parce qu'il demeure «insignifiant en point de droit; et en fait il n'est que trop vrai que la loi devient la matière des raisonnements qu'elle aurait pour objet de terminer».<sup>83</sup> Le Tribunal de Rouen propose aussi sa suppression parce que l'idée en «est faible et peint mal l'effet de la loi».<sup>84</sup> Le Tribunal de Toulouse adhère à ce verdict parce que l'article demeure «trop vague, et d'ailleurs inutile».<sup>85</sup>

Si les codificateurs tiennent à l'édification de principes abstraits en règles de droit, ils s'efforcent aussi de les ranger dans des catégories suivant les «diverses espèces de rapports qui existent entre des hommes vivant dans la même société».<sup>86</sup> Selon eux, cette démarche de catégorisation des divers «ordres de lois» s'impose parce qu'il<sup>87</sup> :

«importe, même en traitant uniquement des matières civiles, de donner une notion générale des diverses espèces de lois qui régissent un peuple; car toutes les lois, de quelque ordre qu'elles soient, ont entre elles des rapports nécessaires.»

Montesquieu avait déjà classé les différents ordres de lois en catégories : le droit naturel, le droit divin, le droit ecclésiastique, le droit des gens, le droit civil de l'univers, etc...<sup>88</sup> Diderot et D'Alembert reconnaissaient la nécessité de ces catégories :

«[...] la sublimité de la raison humaine consiste à savoir bien auquel de ces ordres se rapportent principalement les choses sur lesquelles on doit statuer, & à ne point mettre de confusion dans les principes qui doivent gouverner les hommes.»<sup>89</sup>

---

83. Tribunal de cassation, *supra* note 66 à la p. 5.

84. «Rouen», *supra* note 25 à la p. 5.

85. «Toulouse», *supra* note 25 à la p. 1.

86. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 477.

87. *Ibid.*

88. Montesquieu, *supra* note 47.

89. Diderot et D'Alembert, *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Genève, Pellet, 1777. Voir «Loi».



Or, les tribunaux remettent en question ces classifications et la qualification de certains types de lois. Les tribunaux suggèrent l'abandon des controverses sur les distinctions faites par les codificateurs ou demandent des précisions. Sur le principe de la division des lois en général, le Tribunal de Paris observe que «les différentes espèces de lois ayant un rapport intime entre elles, et ces espèces se confondant sous divers aspects, il est très difficile de faire une division rigoureusement exacte».<sup>90</sup> Le Tribunal de Lyon commente les articles 2 et 3 du Titre II, Division des Lois qui édictent :

«Art. 2 Les lois, de quelque nature qu'elles soient, intéressent à la fois, et le public et les particuliers. Celles qui intéressent plus immédiatement la société que les individus, forment le droit public d'une nation.

Dans le droit privé sont celles qui intéressent plus immédiatement les individus que la société.

Art. 3 Les lois diffèrent des règlements : les règlements sont variables; la perpétuité est dans le vœu des lois.»

Le Tribunal de Lyon observe <sup>91</sup>:

«On cherche en vain dans cet article la démarcation expresse et exacte du droit public et du droit privé, des lois et des règlements; démarcation très difficile, peut-être impossible, et cependant d'une absolue nécessité, si ces articles subsistent; démarcation qu'on devrait peut-être abandonner aux controverses des publicistes, loin d'en faire la matière d'une loi.»

De plus, certains tribunaux doutent de l'existence de lois intéressant uniquement l'autorité administrative qui les applique comme le laisse entendre l'article 4 du Titre III, De la publication des lois qui prévoit : «Les lois dont l'exécution et l'application appartiendraient à la fois aux tribunaux et à d'autres autorités, leur sont respectivement adressées; et elles sont exécutoires en ce qui

---

90. «Paris», *supra* note 25 à la p. 2.

91. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 5.

est relatif à la compétence de chaque autorité, du jour de la publication par l'autorité compétente».

Les tribunaux d'appel exigent aussi des précisions sur des expressions ambiguës ou controversées utilisées par les codificateurs. Par exemple, l'article 3 du Titre IV, Des effets de la loi statue «Néanmoins, une loi explicative d'une autre loi précédente règle même le passé, sans préjudice des jugements en dernier ressort, des transactions et décisions arbitrales passées en force de chose jugée». Sur l'expression «loi explicative» utilisée par les codificateurs, le Tribunal de Lyon commente<sup>92</sup> : «Pour que cet article ne puisse jamais masquer une rétroactivité, il est important de fixer les bornes dans lesquelles doit se renfermer une loi explicative». Le Tribunal de Toulouse complète en ces termes<sup>93</sup> : «Pour prévenir l'abus qui pourrait résulter de cette disposition, ajouter qu'on ne reconnaîtra comme lois explicatives que celles portant qu'elles sont rendues en interprétation d'une autre loi.»

Les Tribunaux d'appel expriment aussi des réticences sur l'emploi de l'expression «loi prohibitive» de l'article 9 du Titre IV, Des effets de la loi qui prévoit «Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée». Ainsi, le Tribunal de cassation pose la question : «Cet article IX du projet n'est-il pas inutile et dangereux? A quoi reconnaîtra-t-on le vrai caractère d'une loi prohibitive?»<sup>94</sup> Et le Tribunal de Montpellier d'ajouter : «Pour éviter des contestations, il faudrait exprimer à quels caractères on doit connaître les lois prohibitives; si elles doivent être conçues en termes prohibitifs formels, ou bien en termes équivalents.»<sup>95</sup> Les tribunaux s'interrogent aussi sur le caractère absolu de l'article. Les Tribunaux de Metz et de Paris veulent y ajouter une exception pour les «lois prohibitives qui prononcent elles-mêmes la peine attachée à leur infraction».<sup>96</sup>

Enfin, certains tribunaux proposent l'abolition de l'article 10 du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois qui consacre la distinction entre «lois odieuses» et «lois favorables» en stipulant : «La distinction des lois

---

92. *Ibid.* à la p. 6.

93. «Toulouse», *supra* note 25 à la p. 1.

94. Tribunal de cassation, *supra* note 66 à la p. 7.

95. «Montpellier», *supra* note 25 à la p. 3.

96. «Metz», *supra* note 25 aux pp. 2-3; «Paris», *supra* note 25 à la p. 4 : «Il est, il peut y avoir des prohibitions avec indication d'une peine attachée à leur infraction; celui qui y contrevient, ne doit encourir que la peine annoncée.»

odieuses et des lois favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive». Le Tribunal de cassation se pose la question de savoir «si l'on [peut] supposer qu'il y eût des lois **odieuses**; et, en le supposant, si le législateur pouvait défendre à l'homme sensible de n'en faire l'application qu'avec réserve».<sup>97</sup> Pour le Tribunal de Riom, il n'y a aucun doute :

«Il n'y a point de lois odieuses, ou considérées comme telles : on doit les regarder toutes comme justes, tant qu'elles sont en vigueur.»<sup>98</sup>

Le mode de publication des lois constitue un des exemples les plus frappants de la divergence d'attitude entre les codificateurs et les tribunaux sur l'expression de la loi consacrée par le Code.

Sous l'ancien régime, le texte législatif adopté par le roi était envoyé à la chancellerie pour sa mise en forme et le scellé du sceau royal sous forme de lettres patentes. Le chancelier vérifiait et corrigeait la forme des actes mais, sous ce prétexte, il en contrôlait aussi le fond. Les lettres patentes devenaient exécutoires dès l'apposition du sceau royal. Cependant, au Moyen Âge, la pratique d'expédier les lettres patentes aux parlements et aux autorités chargées de les appliquer s'imposa comme système de publication. L'enregistrement qui se faisait par la transcription des lettres patentes dans les registres du greffier se généralisa et le roi l'ordonnait parfois. Au XIV<sup>e</sup> siècle, le procédé de vérification, qui consistait en un examen de conformité aux ordonnances, préalable à l'enregistrement, fit son apparition.

Cette procédure de contrôle par la vérification de conformité, que les cours souveraines finirent par étendre aux lois royales, allait constituer un obstacle à l'exécution des actes jusqu'à la révolution. L'indépendance toujours grandissante des cours souveraines entraînait un ralentissement de la justice à cause de la multiplication des actions de retardement telles les «remonstrances». Les lois non publiées n'étaient pas appliquées dans le ressort de la cour.<sup>99</sup> Au cours des siècles, la royauté adopta en alternance une attitude ferme ou

---

97. Tribunal de cassation, *supra* note 66 à la p. 9.

98. «Riom», *supra* note 25 à la p. 14.

99. Histoire du droit, *supra* note 7 aux pp. 168-170.

conciliante et dût même recourir à la force<sup>100</sup> pour faire face à la résistance des parlements. Cependant, à la veille de la révolution, Louis XVI abandonna la résistance en rétablissant les cours souveraines dans leur état antérieur. L'opposition des parlements se révélait plus grande que jamais.<sup>101</sup>

Au moment de la révolution, ces parlements, malgré la résistance qu'ils manifestaient à l'égard du pouvoir absolu du roi, demeuraient suspects à l'Assemblée parce qu'ils personnifiaient toujours l'ancien régime. Ils tombèrent parmi les premières victimes de la révolution. Suite à leur disparition, les lois furent simplement expédiées aux tribunaux et aux municipalités. Le décret du 14 frimaire an II instituait le Bulletin des lois mais il ne fixait pas la date d'entrée en vigueur des lois publiées. Enfin, la Constitution de l'an VIII prévoyait que les décrets du Corps législatif devenaient exécutoires dix jours après leur adoption.<sup>102</sup>

Au moment de la codification, le mode de publication et d'exécution des lois s'avère nettement insuffisant. Les codificateurs posent le principe que «les lois ne [peuvent] obliger sans être connues».<sup>103</sup> En conséquence, ils proposent au Titre III du Livre préliminaire que «les lois dont l'application appartient aux tribunaux, [soient] exécutoires dans chaque partie du territoire de la république, du jour de leur publication, par les tribunaux d'appel».<sup>104</sup>

Les tribunaux d'appel considèrent ce mode de publication inadéquat et proposent une multitude de mesures concrètes pour que les lois deviennent connues de tous, partout, en même temps.<sup>105</sup>

---

100. Louis XV, en suivant les conseils du Chancelier Maupeou, dispersa les parlementaires et procéda à une réforme des cours de justice et du statut des magistrats. (Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 171).

101. *Ibid.* aux pp. 170-172.

102. *Ibid.* à la p. 181.

103. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 478.

104. Voir Annexe 1 : Article 2 du Titre III, De la publication des lois.

105. «Agen», *supra* note 25 à la p. 2.

D'abord, la publication dans les tribunaux d'appel n'atteint pas un assez grand nombre de citoyens. Plusieurs tribunaux proposent donc l'affichage de la loi dans toutes les communes.<sup>106</sup>

Les tribunaux de première instance doivent être informés de la loi puisqu'ils sont les premiers à l'appliquer. Il faut donc les informer du jour de la publication en envoyant, par exemple, un extrait du procès-verbal du greffier à tous les tribunaux du ressort,<sup>107</sup> une note des époques des publications des lois,<sup>108</sup> un bordereau,<sup>109</sup> ou encore, en rétablissant l'usage du bulletin décadaire de publication<sup>110</sup> ou de la procédure d'enregistrement de la loi au moment de sa réception.<sup>111</sup>

Une autre solution proposée consiste à faire commencer l'exécution des lois à partir de leur publication dans les tribunaux d'arrondissements,<sup>112</sup> ou dans le tribunal d'appel et de première instance,<sup>113</sup> ou encore seulement dans le tribunal de première instance.<sup>114</sup> Le concept même de «tribunal d'appel» demeure imprécis. Les tribunaux d'arrondissements constituent des tribunaux d'appel par rapport aux juges de paix, de même, les tribunaux criminels par rapport aux juges de paix.<sup>115</sup> Dans ses commentaires, le Tribunal de Metz interroge les codificateurs : les tribunaux d'arrondissements et les tribunaux criminels «sont-ils compris dans la dénomination générale de **tribunaux d'appel**? ou bien l'article n'entend-il parler que des tribunaux que l'organisation judiciaire désigne sous la qualification de **tribunaux d'appel**?».<sup>116</sup>

---

106. «Agen», *supra* note 25 à la p. 2; «Rennes», *supra* note à la p. 2; «Lyon», *supra* note 25 à la p. 6 : «Il est d'une nécessité absolue de rétablir l'affiche de chaque loi dans toutes les communes;[...]»

107. «Amiens», *supra* note 25 à la p. 2.

108. «Nîmes», *supra* note 25 à la p. 1.

109. «Poitiers», *supra* note 25 à la p. 1.

110. «Bordeaux», *supra* note 25 à la p. 2.

111. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 6.

112. «Douai», *supra* note 25 à la p. 2.

113. «Liège», *supra* note 25 à la p. 3; «Rennes», *supra* note 25 à la p. 3 («publiée dans tous les tribunaux»).

114. «Montpellier», *supra* note 25 à la p. 2; «Riom», *supra* note 25 à la p. 13.

115. «Metz», *supra* note 25 à la p. 2.

116. *Ibid.*

Il importe aussi d'«éviter l'inconvénient d'une trop grande variété d'époques pour l'exécution des mêmes lois dans le même pays».<sup>117</sup> Les tribunaux suggèrent l'établissement d'un délai fixé à l'expiration duquel la loi deviendrait exécutoire.<sup>118</sup>

Enfin, les tribunaux d'appel critiquent la sévérité de la peine de forfaiture prévue dans les cas de non-publication de la loi à l'audience du Tribunal d'appel qui suit immédiatement le jour de sa réception. L'article 3 du Titre III, De la publication des lois se lit comme suit :

«Cette publication doit être faite, à peine de forfaiture, à l'audience qui suit immédiatement le jour de la réception, par la section qui est de service. Le greffier en dresse procès-verbal sur un registre particulier.»

Les tribunaux parlent de peine «plus que sévère»,<sup>119</sup> «trop sévère»,<sup>120</sup> «excessive».<sup>121</sup> Ils mentionnent les cas possibles de simple retard,<sup>122</sup> de négligence<sup>123</sup> ou de cas fortuit<sup>124</sup> susceptibles d'empêcher la prompte publication. Certains proposent que seul le refus constant soit si sévèrement puni.<sup>125</sup>

Le Tribunal de Lyon cite le Chancelier de l'Hôpital qui opinait : «La loi commande; elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de

---

117. «Douai», *supra* note 25 à la p. 2; «Lyon», *supra* note 25 à la p. 5.

118. «Agen», *supra* note 25 à la p. 2 («délai fixé»); «Bordeaux», *supra* note 25 à la p. 2 (délai de «dix jours après celui où elles auraient été publiées par le tribunal d'appel»); «Bruxelles», *supra* note 25 à la p. 1 («loi obligatoire qu'après un temps moral, à dater de la publication»); «Lyon», *ibid.* à la p. 6 (établir une époque unique déterminée : vingt ou trente jours de la promulgation par le premier Consul); «Nîmes», *supra* note 25 à la p. 1 (cinq ou dix jours de la publication au tribunal d'appel); «Rennes», *supra* note 25 à la p. 2 («délai nécessaire pour que la loi soit parvenue dans toutes les communes les plus éloignées du centre politique», par exemple un «délai d'un mois à compter de cette promulgation par le Premier Consul»); «Toulouse», *supra* note 25 à la p. 1 («délai de dix jours, au moins, à compter de leur publication»).

119. «Amiens», *supra* note 25 à la p. 2.

120. «Montpellier», *supra* note 25 à la p. 3; «Toulouse», *supra* note 25 à la p. 1.

121. «Besançon», *supra* note 25 à la p. 2.

122. *Ibid.*; «Caen», *supra* note 25 à la p. 3.

123. «Besançon», *ibid.*; «Caen», *ibid.*; «Toulouse», *supra* note 25 à la p. 1.

124. «Besançon», *ibid.*; «Montpellier», *supra* note 25 à la p. 3.

125. «Amiens», *supra* note 25 à la p. 2.

convaincre». <sup>126</sup> Il incite le gouvernement à réduire le Livre préliminaire «aux seules dispositions impératives, incontestables et nécessaires sur la publication, les effets et l'abrogation des lois». <sup>127</sup> Il semble que ces commentaires du Tribunal de Lyon influencèrent les codificateurs puisque le Titre préliminaire adopté fut réduit à seulement six dispositions dont trois portent sur les sujets retenus par le Tribunal de Lyon. <sup>128</sup> Le Tribunal de Rouen va même jusqu'à suggérer la suppression complète du discours et du Livre préliminaire parce qu'ils contribuent à «affaiblir et énerver la force de la loi par la très grande latitude qu'ils donnent à l'arbitrage du juge et aux usages locaux». <sup>129</sup>

Les conceptions de la loi, telles qu'énoncées dans un code, divergent entre les codificateurs et les tribunaux. Mais cette fois, les tribunaux exigent des règles concrètes et pratiques alors que les auteurs du projet privilégient des principes philosophiques et abstraits. Dans ce nouveau système legaliste dont le Code constitue le chef-d'œuvre, une analyse des différentes approches adoptées par les codificateurs et les tribunaux, quant à la jurisprudence et au rôle du juge, nous éclaire sur ces divergences d'opinion concernant le concept de loi.

---

126. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 9.

127. *Ibid.*

128. Il s'agit des dispositions 1,2 et 3 qui prévoient :

Art. 1 Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par (le Président de la République). Elles seront exécutées dans chaque partie de (la République) du moment où la promulgation en pourra être connue. La promulgation faite par (le Président de la République) sera réputée connue dans le département où siège le gouvernement, un jour après celui de la promulgation; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où en aura été faite et le chef-lieu de chaque département.

Art. 2 La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.

Art. 3 Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.»

Les trois autres dispositions du Titre préliminaire adopté concernent l'application des lois (Voir Annexe 2).

129. «Rouen», *supra* note 25 aux pp. 3-4 : «Il nous paraît inutile, et peut-être il est dangereux de faire entrer le livre **du droit et des lois** dans le système du code civil. Cela nous paraît dangereux surtout, lorsque plusieurs des principes contenues dans ce livre préliminaire, ont nécessairement l'effet d'affaiblir et énerver la force de la loi par la très grande latitude qu'ils donnent à l'arbitrage du juge et aux usages locaux. Il ne faudrait, ce nous semble, ni discours préliminaire, ni livre du droit et des lois. Laissons à la loi toute sa force, elle ne sera encore que trop souvent éludée.»

## **PARTIE II - LA JURISPRUDENCE ET LA FONCTION JUDICIAIRE**

### **A - Conception de la jurisprudence**

Dans les années qui précédèrent la révolution, deux conceptions de la jurisprudence coexistaient dans le monde juridique. Par exemple, dans leur encyclopédie de 1777, Diderot et D'Alembert, écrivaient que «l'étude de la jurisprudence a toujours été en honneur chez toutes les nations policées». Ils qualifiaient la jurisprudence de «science étroitement liée avec le gouvernement politique».<sup>130</sup> Mais déjà en 1783, les auteurs de la mise à jour de cet ouvrage laissaient entrevoir un scepticisme certain. D'abord, ils définissaient la jurisprudence comme un «art» d'application ou de jugement.<sup>131</sup> Ensuite, ils écrivaient<sup>132</sup> :

«L'expérience apprend que les sentiments contradictoires des commentateurs causent bien des incertitudes dans les tribunaux, & font de l'administration de la justice un jeu de hasard, ou au moins une science embrouillée & fort équivoque.»

Deux décennies plus tard, cette différence de perception réapparaît dans le débat sur le projet de Code civil qui oppose les codificateurs et la magistrature. En effet, les codificateurs épousent la vision de Diderot et D'Alembert : pour eux, la jurisprudence constitue une «science»<sup>133</sup> qui «adoucit et règle le pouvoir»,<sup>134</sup> «qui [fixe] le talent, [flatte] l'amour-propre et [réveille] l'émulation».<sup>135</sup> La jurisprudence demeure le supplément nécessaire et constant de la loi<sup>136</sup> :

«[...] chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt

---

130. Diderot et D'Alembert, *supra* note 89 voir «Jurisprudence».

131. *Encyclopédie Méthodique - Jurisprudence*, Paris, 1783, voir «Jurisprudence» : «La jurisprudence peut être définie l'art d'appliquer les lois aux actions des hommes, ou les actions des hommes aux lois, ou autrement, l'art de juger des actions des hommes suivant les lois.»

132. *Ibid.*

133. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 aux pp. 471-472.

134. *Ibid.* à la p. 472.

135. *Ibid.* à la p. 471.

136. *Ibid.* à la p. 470.



de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation.

Seul le Tribunal de cassation manifeste son accord avec cette conception positive de la jurisprudence.<sup>137</sup>

Pour les codificateurs, la jurisprudence reste indispensable puisque l'application d'une combinaison de textes demeure généralement requise pour régler l'immensité d'objets divers qui composent les matières civiles.<sup>138</sup> L'application d'un texte précis suffit rarement. «On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois».<sup>139</sup>

Contrairement à cela, la conception des tribunaux se rapproche du scepticisme des auteurs de l'Encyclopédie Méthodique. Les termes utilisés par ces tribunaux pour décrier les incertitudes et la diversité de la jurisprudence marquent par leur virulence. Pour certains tribunaux d'appel, la jurisprudence représente un «fléau destructeur de la loi»,<sup>140</sup> qui l'affaiblit, la mine, puis lui usurpe ses droits.<sup>141</sup> Une suite de préjugés qui étouffent la voix du législateur,<sup>142</sup>

---

137. Tribunal de cassation, *supra* note 66 à la p. 2 : «Il convient d'énoncer les **jugements** dont la **constante uniformité** a toujours formé cette **jurisprudence** que tous les peuples admettent comme véritable supplément de la loi.»

138. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 476 : «Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger, mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois.»

139. *Ibid.*

140. «Rouen», *supra* note 25 à la p. 1.

141. *Ibid.* : «Il n'est pas besoin d'appeler, de provoquer, pour ainsi dire, les interprétations, les commentaires, les jurisprudences locales. Ces fléaux destructeurs de la loi, qui l'affaiblissent d'abord, qui ensuite la minent insensiblement, et qui finissent par usurper ses droits, ne reparaitront que trop tôt. Malheur au temps où, comme par le passé, on cherchera moins ce que dit la loi que ce qu'on lui fait dire! où l'opinion d'un homme que le temps seul aura accréditée, balancera l'autorité de la loi! où une erreur hasardée par l'un, et successivement adoptée par les autres, deviendra la vérité! où une suite de préjugés recueillis par des compilateurs aveugles ou serviles, violentera la conscience du juge, et étouffera la voix du

la jurisprudence, et plus encore la diversité de la jurisprudence, incarne l'arbitraire funeste et désastreux.<sup>143</sup>

Le Tribunal de Lyon applaudit la consécration du principe de la division du pouvoir législatif et du judiciaire dans l'interdiction faite aux juges de créer de la législation sous forme de dispositions générales. En effet, l'article 3 du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois dispose que «Le pouvoir de prononcer par forme de disposition générale, est interdit aux juges». Cependant, il condamne la consécration de certaines réflexions contenues dans les articles en principes fondamentaux parce qu'ils équivalent à «autoriser formellement les usurpations du pouvoir judiciaire sur le législatif».<sup>144</sup> Le Tribunal de Lyon dénonce certaines dispositions du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois, telles :

1) Le principe qui permet au juge d'interpréter par voie de doctrine;

Art. 2 Il est souvent nécessaire d'interpréter les lois. Il y a deux sortes d'interprétation; celle par voie de doctrine, et celle par voie d'autorité. L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le véritable sens d'une loi, dans son application à un cas particulier. L'interprétation par voie d'autorité consiste à résoudre les doutes par forme de disposition générale et de commandement.

2) La consécration du juge comme «ministre d'équité» à défaut de lois précises dans les matières civiles;

Art. 11 Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive.

---

législateur!»

142. *Ibid.*

143. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 1 : «Mais lorsque les Français, indignés de n'avoir pas une législation, fatigués[...]des funestes effets de la jurisprudence diverse dans les tribunaux, variable suivant les circonstances, et toujours d'un arbitraire effrayant, demandaient à grands cris, depuis plusieurs siècles, un code complet et uniforme;[...]»

144. *Ibid.* à la p. 7; Voir Partie 2-B sur le rôle du juge, discussion sur le «pouvoir» judiciaire et le pouvoir législatif.

3) La sanction du juge s'il refuse de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi;

Art. 12 Le juge qui refuse ou qui diffère de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice.

Lors de ses commentaires sur ces articles, le Tribunal de Lyon dévoile sa conception de la jurisprudence en ces termes<sup>145</sup> :

«[Ces principes consacrent] cet arbitraire si odieux et si funeste, source des plaintes et de l'indignation qui anéantissent si facilement les anciens tribunaux dès les premiers instants de la révolution! c'est certainement supposer que tous les hommes sont également capables de discerner les vrais principes de l'équité naturelle; et malheureusement l'expérience a démontré que cette supposition est une erreur.»

Si dans chaque tribunal, la raison naturelle doit suppléer à la loi, pourquoi voyait-on autrefois une si grande diversité de jurisprudence sur les mêmes points, entre les différents tribunaux, et même entre les chambres d'un même parlement?

Les créateurs de la jurisprudence la condamnent. Cette vision de la jurisprudence reflète les besoins des tribunaux de retrouver des règles précises et concrètes dans le Code civil qu'ils doivent appliquer. La loi constitue leur salut, la solution pour éliminer l'arbitraire des juges. Ils fondent d'énormes espoirs dans l'effet normatif de la codification.

---

145. «Lyon», *ibid.* aux pp. 7-8.

Pour les codificateurs, le Code civil s'inscrit dans un tout. Il doit prendre en compte l'histoire et l'expérience de la société qu'il régit. Les codificateurs fondent une confiance plus grande dans l'expérience et le savoir-faire des juges que ceux-ci dans leurs propres capacités. Cette différence de conception de la jurisprudence trouve son écho dans celle de la fonction judiciaire.

## **B - Conception de la fonction judiciaire**

Dès le début de la révolution s'engageait la grande réforme judiciaire. Le principe fondamental de la séparation des pouvoirs entraînait une remise en question du «pouvoir» judiciaire. En réaction à la résistance au pouvoir royal déployée par les parlements de l'ancien régime, l'Assemblée concluait à la limitation du pouvoir judiciaire à la matière judiciaire proprement dite. Le principe de souveraineté nationale, sur lequel se fondait la révolution, entraînait avec lui celui de la souveraineté de la loi. La loi écrite devait régler toutes les situations juridiques. Le rôle du judiciaire consistait à protéger les libertés et les droits individuels. Le judiciaire se concevait comme «**gardien de la loi**» et non comme son créateur. Selon cette conception du judiciaire, le juge exécutait plus une «fonction» qu'un véritable «pouvoir». Cette idée renforçait la procédure de l'élection des juges et rendait inutile la formation professionnelle.<sup>146</sup>

Dans ce contexte, le rôle du juge consistait avant tout à respecter la loi mais surtout à l'appliquer à la lettre. Voltaire avait écrit, «toute loi [est] claire, uniforme et précise; l'interpréter c'est presque toujours la corrompre».<sup>147</sup> Montesquieu ajoutait que les juges ne sont que «la bouche qui prononce les paroles de la loi». En conséquence, les jugements devaient être fixes «à tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi».<sup>148</sup> Cette revendication avait conduit les juristes des débuts de la révolution à limiter le pouvoir d'interprétation des juges et à réprimer leurs violations de la loi.

L'histoire de cette restriction du pouvoir d'interprétation nous éclaire sur l'attitude des tribunaux et des codificateurs à l'égard du rôle du juge dans un système legaliste. L'ancien régime prohibait l'interprétation de portée générale. L'Ordonnance de 1667 de Louis XIV défendait aux juges d'«interpréter» les

---

146. Histoire du droit, *supra* note 7 aux pp. 174, 259-260.

147. Voltaire, *Dictionnaire philosophique* (1764) Paris, Garnier, 1969. Voir «Des lois civiles et ecclésiastiques».

148. Montesquieu, *supra* note 47.

ordonnances et les obligeait à se référer au roi pour connaître son intention.<sup>149</sup> Cette ordonnance influença plusieurs générations de juristes dans leur conception de l'interprétation de portée générale.<sup>150</sup> Par exemple, en 1769, Cl. de Ferrière<sup>151</sup> écrivait que seules les cours peuvent interpréter la loi mais uniquement si cette interprétation de la loi «se peut tirer d'elle-même».<sup>152</sup> Dans tous les cas, les juges des cours inférieures ne pouvaient apporter à la loi qu'ils appliquaient «aucun tempérament de leur chef».<sup>153</sup> Ces textes traduisent bien l'inquiétude des juristes que les juges, sous prétexte d'interpréter la loi, finissent par s'en affranchir totalement. Cette tradition introduite par l'Ordonnance de 1667 et suivie par de Ferrière continuera jusqu'à la révolution. Elle entraîne avec elle une ambiguïté terminologique à propos de l'interprétation qui, elle, ne sera clarifiée qu'au moment de la codification.

Le débat sur l'interprétation prendra une nouvelle tournure au moment de la création du Tribunal de cassation en 1790.<sup>154</sup> Le débat se situait d'abord

- 
149. L'article 7 du Titre I de l'Ordonnance de 1667 se lisait comme suit : «Si dans les jugements des procès qui seront pendans dans nos cours de parlement, et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes, nous leur défendons de les interpréter : mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par devers nous pour apprendre ce qui sera de notre intention.» Voir *Interpréter la loi*, *supra* note 19 à la p. 39.
150. L'interprétation qui vise le travail d'adaptation aux cas concrets était admise et était considérée comme relevant de la seule application de la loi. En effet, jusqu'à la révolution, le terme «interpréter» semblait confiné à l'interprétation de portée générale. L'expression «appliquer la loi» étant plutôt réservée à l'interprétation «in concreto» tel qu'on l'entend aujourd'hui. Voir *ibid.*
151. *Ibid.* à la p. 38; *supra* note 51, en 1769, Claude de Ferrière dans son Dictionnaire de droit et de pratique (voir «Interpréter les lois») parlait de la loi sujette à interprétation faite pour le législateur de pouvoir tout prévoir. Il écrivait qu'il ne faut pas «toujours s'opiniâtrer à en chercher le véritable sens dans les termes dans lesquels elle est conçue, principalement quand la raison y répugne» mais plutôt chercher ce sens «dans la raison qui a servi de fondement à cette loi.» L'auteur poursuivait en référant au mot «intention», réminiscence de l'Ordonnance.
152. Ferrière, *ibid.*; *Interpréter la loi*, *supra* note 19 à la p. 39.
153. Ferrière, *ibid.*; *Interpréter la loi*, *ibid.*
154. Le Tribunal de cassation fut créé par la loi du 27 novembre - 1er décembre 1790. La notion de cassation se développa à la fin du XVIe siècle. Selon Jean-Louis Halpérin, plusieurs facteurs contribuèrent à son épanouissement (Halpérin, *supra* note 19 à la p. 19) : «En fait, la notion de cassation n'a pu s'épanouir réellement qu'à partir de la fin du XVIe siècle : elle est liée en effet au développement de la législation royale, à une meilleure distinction des erreurs de fait et des erreurs de droit et à la multiplication des conflits de compétence entre cours souveraines. La cassation se développa également à la faveur du mouvement de

autour du principe de la séparation du pouvoir exécutif, législatif et judiciaire. L'existence même d'un «pouvoir» judiciaire suscitait déjà de vives discussions. L'Assemblée se pencha sur la question de savoir si le futur Tribunal de cassation appartiendrait ou non au pouvoir judiciaire. Les membres de l'Assemblée se divisèrent sur la question. Selon Merlin de Douai, la cassation correspondait à la nature judiciaire parce que le Tribunal de cassation devait «être unique comme le Corps Législatif et le roi».<sup>155</sup> Dans son discours du 25 mai 1790, Robespierre défendit la thèse qui faisait de la cassation et de l'interprétation de la loi une fonction législative. Jean-Louis Halpérin résume cette thèse ainsi<sup>156</sup> :

«La cassation est nécessaire pour réprimer les violations de la loi commises par les tribunaux. Mais l'existence d'un Tribunal de cassation indépendant serait dangereuse. Comme toute institution, ce tribunal serait animé d'une volonté particulière et pourrait avoir ses intérêts propres.... A partir de cette analyse empruntée à la théorie du gouvernement de Rousseau (*Du contrat social*, Livre III, chapitre I et X), Robespierre évoque le danger d'une «connivence» entre les tribunaux inférieurs et le Tribunal de cassation pour violer la loi. Alors les lois deviendraient, dit-il, de «vaines formules», le pouvoir suprême appartiendrait aux tribunaux, et plus particulièrement au Tribunal de cassation ... Cet équilibre [des pouvoirs], qui suppose en fait la primauté du pouvoir législatif, serait détruit si les juges pouvaient violer la loi.»

Robespierre tentait de justifier, par un rappel historique à la cassation par le Conseil du roi, l'attribution exclusive de l'interprétation des lois au Corps législatif. Certains juristes estimaient que Robespierre aurait voulu prohiber aux tribunaux non seulement l'interprétation par voie d'arrêts de règlement mais aussi toute interprétation sur la portée d'une loi, même dans des situations concrètes.<sup>157</sup> Ainsi, le Corps législatif, par son intervention continuelle, se serait

---

spécialisation qui, à l'intérieur du Conseil du roi, attribua le jugement de la majorité des recours des particuliers contre les arrêts des Parlements au Conseil des parties ou Conseil privé.» La notion de cassation était familière aux juristes du XVIIIe (Halpérin, *supra* note 19 à la p. 18). Au moment de la révolution, la réforme de la cassation ne visait pas à écarter un abus criant de l'ancien régime. Ce n'est qu'à partir de mars 1790 que le problème de la cassation commença à susciter de véritables débats (Halpérin, *supra* note 19 à la p. 42).

155. *Ibid.* à la p. 62.

156. *Ibid.* à la p. 64.

157. *Ibid.* à la p. 65.

transformé en véritable tribunal en ne laissant aucune discrétion aux juges chargés d'appliquer la loi.<sup>158</sup>

Suite à ce discours de Robespierre, la Constituante introduisit le principe que les «tribunaux ne pourront point faire de règlements mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle».<sup>159</sup> La signification de cet article demeurerait sujette à controverse parce qu'il renfermait la même ambiguïté que le discours de Robespierre.<sup>160</sup> Cependant, nul doute que les constituants, inspirés par un légalisme strict et marqués par les pratiques judiciaires de l'ancien régime, visaient à mettre la loi hors de l'atteinte des tribunaux.<sup>161</sup> Enfin, au début de la révolution, l'idée que les jugements n'établissaient que de purs syllogismes dont

---

158. *Ibid.*; Au sujet du Tribunal de cassation: «La thèse de Robespierre ne fut pas adoptée. Dès sa création, le Tribunal de cassation fut considéré comme un organe du pouvoir judiciaire, bien qu'il fut placé "auprès du Corps Législatif"» (*ibid.* à la p. 67).

159. Article 12 du Titre II de la loi des 16-24 août 1790.

160. Robespierre, dans son discours du 18 novembre 1790 affirmait : «Dans un état qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi; alors il y a toujours identité de jurisprudence»(Halpérin, *supra* note 19 à la p. 76). Il utilisait le terme «jurisprudence» dans son acception sous l'ancien régime, c'est-à-dire dans le sens général et ancien de «science du droit» mais aussi dans celui d' «une suite de jugements uniformes sur une même question qui forment un usage» (Diderot et D'Alembert, *supra* note 89; Halpérin, *supra* note 19 à la p. 76). Le mot «jurisprudence» avait donc son sens contemporain malgré qu'il soit marqué par les pratiques judiciaires de l'ancien régime comme les arrêts de règlements des parlements et les jurisprudences provinciales qui rectifiaient et complétaient le droit coutumier et le droit écrit. Robespierre condamnait ces pratiques en conformité avec l'article 12 du Titre II de la loi du 16-24 août 1790 qui interdisait les arrêts de règlements et prévoyait le système du référé législatif. De plus, le projet de Code civil annonçait l'abolition des courants jurisprudentiels locaux en contradiction avec la nouvelle suprématie de la loi. La Constituante avait ainsi statué pour «l'identité de jurisprudence». Cependant, comme le souligne Jean-Louis Halpérin, le discours de Robespierre laissait planer une ambiguïté qui allait engendrer un long débat sur l'interprétation de la loi (Halpérin, *supra* note 19 à la p. 76) : «Mais la pensée de l'orateur ne va-t-elle pas plus loin lorsqu'il affirme que "la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi"? N'est-ce pas à nouveau une condamnation de toute interprétation de la loi par les tribunaux inférieurs comme par le Tribunal de cassation?»

À ce sujet, la position des constituants demeurerait imprécise. L'expérience du passé avait fortement marqué l'Assemblée qui restait «inspirée par un légalisme strict et un refus total de tout ce qui pourrait rappeler les arrêts de règlements ou les pratiques judiciaires de l'Ancien Régime»(Halpérin, *supra* note 19 à la p. 78); voir aussi Interpréter la loi, *supra* note 19 à la p. 29; Halpérin, *supra* note 19 à la p.65.

161. Halpérin, *ibid.* aux pp. 65-78.

le fait constituait la majeure et la loi constituait la mineure demeurait fort répandue.<sup>162</sup> En conséquence, les juristes de l'époque ne croyaient pas rencontrer de difficultés liées à la qualification des actes et des faits juridiques qui rendraient nécessaire une explication du texte de loi.<sup>163</sup>

Au moment de la rédaction du projet de Code civil, une théorie de l'interprétation commence à se dessiner. À propos de l'interprétation par voie de disposition générale, les codificateurs évitent le terme «interprétation» et proposent : «Le pouvoir de prononcer par forme de disposition générale, est interdit aux juges».<sup>164</sup> Le Tribunal de Rouen suggère l'ajout du principe fondamental de l'interdiction au juge de faire des règlements.<sup>165</sup> Cette proposition semble avoir été entendue par les codificateurs, puisque l'article 5 du Titre préliminaire adopté en consacre le principe en ces termes :

«Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises».

Les codificateurs distinguent l'interprétation par voie de doctrine, qui constitue le ministère du juge, de l'interprétation par voie d'autorité réservée au pouvoir législatif et interdite aux tribunaux.<sup>166</sup> L'article 2 du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois du Livre Préliminaire prévoit :

---

162. Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 317. Cette idée avait été exprimée par Duport devant l'Assemblée Constituante.

163. Halpérin, *supra* note 19 à la p. 66.

164. Voir Annexe 1 : Article 3 du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois.

165. «Rouen», *supra* note 25 à la p. 6 : «Les tribunaux ne peuvent faire aucun règlement, si ce n'est pour l'ordre de leurs audiences et le service des officiers ministériels, sauf l'homologation par le Gouvernement de ces règlements de police intérieure. Ne faudrait-il pas insérer dans le livre *du droit et des lois*, une disposition qui consacrerait le principe? ou dire au moins que nul ne peut faire de règlements, si ce n'est dans les cas prévus par le code judiciaire?»

166. À ce propos, Merlin citait la discussion au Conseil d'État au moment des travaux préparatoires du Code civil. Il observait : «Le Ministre de la justice dit qu'il y a deux sortes d'interprétations, celle de **législation** et celle de **doctrine**; que cette dernière appartient essentiellement aux tribunaux; que la première est celle qui leur est interdite; que lorsqu'il est défendu aux juges **d'interpréter**, il est évident que c'est de l'interprétation législative qu'il s'agit. Il cite l'art. 7 du titre I de l'ordonnance de 1667, qui défend aux juges **d'interpréter les ordonnances**. Il en conclut que le sens de ce mot étant fixé, il n'y a aucun inconvénient à l'employer.» (Interpréter la loi, *supra* note 19 à la p. 41).



«Il est souvent nécessaire d'interpréter les lois. Il y a deux sortes d'interprétation; celle par voie de doctrine, et celle par voie d'autorité. L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le véritable sens d'une loi, dans son application à un cas particulier. L'interprétation par voie d'autorité consiste à résoudre les doutes par forme de disposition générale et de commandement.»

Cette distinction ne fut pas reprise dans le Titre préliminaire et le terme «interpréter» a été soigneusement évité.<sup>167</sup> Selon Bloch et St-Hilaire, sa suppression s'avère lourde de sous-entendus :

«En somme les excès révolutionnaires commandaient de limiter à l'avenir l'utilisation de ce vocable à ce qui relevait de la fonction judiciaire, l'interprétation doctrinale; c'était opérer du point de vue terminologique un renversement complet par rapport aux usages d'Ancien Régime dans un but essentiellement conservatoire à l'égard de la fonction du juge.»<sup>168</sup>

Les codificateurs semblent toujours craindre les empiétements du judiciaire sur le domaine législatif.<sup>169</sup> Mais ils appréhendent aussi la passivité des juges dans leur fonction judiciaire causée par de trop grandes restrictions à leur devoir d'interpréter.<sup>170</sup>

Cette passivité des juges remontait aux débuts de la révolution ou, plus exactement, à la création du Comité de législation en septembre 1789.<sup>171</sup> Ce

---

167. Voir le texte du Titre préliminaire adopté (Annexe 2).

168. Interpréter la loi, *supra* note 19 à la p. 42.

169. Cependant, il semble que les membres du Comité législatif aient été d'un tout autre avis. Pour eux, les craintes de 1790 d'un retour à l'arrêt de règlement de l'ancien régime étaient dépassées. La conception du rôle du juge au sein du Comité se détachait de celle qui prévalait au début de la révolution. *Ibid.* à la p. 37. Les craintes des codificateurs s'expliquent cependant par la présence de plus en plus imposante des tribunaux et surtout celle du Tribunal de cassation au moment de la codification. De plus, les auteurs du Projet visent à la création d'un Code civil qui passe l'épreuve du temps et donc qui couvre le plus d'éventualités possible.

170. L'intervention de Tronchet, telle que rapportée dans *ibid.* à la p. 42, est révélatrice : «M. Tronchet dit que l'on a abusé, pour réduire les juges à un état purement passif, de la défense que leur avait faite l'Assemblée constituante d'interpréter les lois et de régler. [...] il faut laisser au juge l'interprétation sans laquelle il ne peut exercer son ministère».

171. *Ibid.* à la p. 29.

Comité avait joué un rôle fondamental de surveillance des tribunaux. Les tribunaux demeuraient imprégnés par la consigne que les juges ne devaient se «permettre aucune interprétation de la loi».<sup>172</sup> Dans l'application de cette règle, les recours au Comité allaient de la quête de renseignements au référé législatif.<sup>173</sup>

Les réponses du Comité aux tribunaux rappelaient d'abord que le pouvoir d'interpréter la loi relevait de la Convention. En conséquence, le Comité n'octroyait que des «avis» sans vocation générale, ni force contraignante. Cependant, ces avis rédigés d'une manière didactique exercèrent une influence considérable sur des juges et des commissaires souvent fort peu expérimentés.<sup>174</sup>

Tout en s'interdisant eux-mêmes l'emploi de méthodes interprétatives, les membres du Comité encourageaient les juges à faire face aux devoirs de leur charge en faisant appel aux ressources de leur fonction, à leur conscience et à leurs responsabilités. On incitait les juges à «se pénétrer de l'esprit de la loi».<sup>175</sup> Les auteurs Bloch et Hilaire écrivent :

«Tout en faisant référence à l'interdiction d'interpréter, les membres du Comité paraissaient, en grande majorité, admettre parfaitement que le juge puisse résoudre par lui-même à l'aide d'un raisonnement structuré les questions qui se posaient à lui quant au sens de la loi dans les affaires dont il avait journallement connaissance.»<sup>176</sup>

Dès les débuts de l'existence du Comité, ses membres reprochaient donc aux tribunaux de s'abandonner à la passivité intellectuelle en ayant trop souvent recours à eux lors de difficultés rencontrées en appliquant la loi. Les membres du Comité de législation limitaient l'interdiction d'interpréter à la prohibition de juger par voie d'arrêt de règlement. Cette vision du Comité de législation annonce la rédaction particulière des articles 4 et 5 du Code civil<sup>177</sup> :

---

172. Citation du Commissaire national du Tribunal de district de Dijon rapportée dans *ibid.* à la p. 33.

173. En pratique, les requêtes au Comité tendaient souvent aux conclusions du référé législatif même si ce recours n'était pas formellement utilisé.

174. Le Comité ne rendait pas de décisions judiciaires; Interpréter la loi, *supra* note 19 aux pp. 30, 35-36.

175. *Ibid.* à la p. 36.

176. *Ibid.* à la p. 37.

177. *Ibid.* à la p. 43.

«[...] les textes du Code ont été rédigés de telle manière que l'on ne puisse pas en inférer une défense de toute interprétation, même doctrinale, et que le juge ne puisse pas davantage y trouver un appui pour échapper à ce devoir de sa charge.»

En effet, l'article 4, tel qu'adopté dans le Code civil, dispose que le «juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.» L'article 5 prévoit «Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.» Le projet de Code civil ajoute aux infractions le cas du juge qui «diffère de juger» et l'accuse aussi de commettre un abus de pouvoir en plus d'un déni de justice. L'article 12 du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois du Livre préliminaire stipule :

«Le juge qui refuse ou qui diffère de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice.»

Ainsi, les articles 4 et 5 du Code civil de Napoléon, mais plus particulièrement les articles du projet, découlent aussi des idées sur le référé législatif.

Sous la Constitution de l'an III, le Tribunal de cassation décidait «que le recours au Corps législatif pour l'interprétation de la loi n'était permis aux tribunaux que "sous le point de vue d'ordre général" et non pour décider de l'application d'une loi existante à un cas particulier[...]».<sup>178</sup> En conséquence, un juge ne pouvait retarder sa décision pour se conformer à la réponse du Corps législatif. Il interdisait au juge de surseoir à sa décision jusqu'au rapport de référé législatif sous peine de commettre un déni de justice. Comme le Comité de législation, la jurisprudence du Tribunal de cassation encourageait les juges à ne pas abdiquer les responsabilités de leurs fonctions judiciaires, et donc à interpréter la loi si cela s'avérait nécessaire. Ainsi, le Tribunal de cassation poursuivait l'œuvre du Comité puis le Code civil en consacra légalement les

---

178. *Ibid.* à la p. 42.

principes.<sup>179</sup> De plus, dans les cas prévus par l'article 4, le juge se voit octroyer l'obligation d'interpréter la loi et de recourir aux notions d'équité puisqu'il interdit au juge de refuser de juger.<sup>180</sup>

Dans ce contexte, la différence de conception du rôle du juge entre les codificateurs et les tribunaux s'explique. Pour les premiers, le juge dirige la loi,<sup>181</sup> pour les seconds, le juge en est l'esclave.<sup>182</sup> Les codificateurs continuent l'œuvre commencée par le Comité de législation et le Tribunal de cassation, en encourageant les juges à prendre un rôle actif dans l'application de la loi. Par contre, les tribunaux, marqués par la surveillance et le contrôle de leurs décisions par les commissaires nationaux et par le Comité de législation, rejettent toute attribution de responsabilité à l'égard de l'interprétation de la loi. La loi souveraine doit tout prévoir de manière concrète et le rôle du juge se borne à une application mécanique des dispositions du Code.<sup>183</sup>

Fidèles à l'idéologie qui prévaut au début de la révolution, les tribunaux réduisent le rôle du juge à l'application d'un syllogisme «quasi-

---

179. Il convient de mentionner que certains tribunaux se méfient déjà du Tribunal de cassation, créé depuis 1790 par la Constituante (Loi du 27 novembre - 1er décembre 1790). À leur avis, il dépasse les cadres de son institution en «s'érig[ant] en tribunal d'appel de tous les tribunaux supérieurs». Le Tribunal de Bordeaux écrit («Bordeaux», *supra* note 25 à la p. 3) : «On se plaint déjà, et ce n'est peut-être pas à tort, que ce tribunal établi pour veiller à l'observation des formes, au lieu de se renfermer dans les bornes de son institution, s'érige en tribunal d'appel de tous les tribunaux supérieurs.» Or, les compétences du Tribunal de cassation s'étendent, depuis sa création, au-delà des recours de cassation des parties, aux pourvois en cassation du commissaire du roi près le Tribunal de cassation, aux litiges concernant les règlements de juges, aux renvois pour suspicion légitime et aux prises à partie (Loi du 27 novembre - 1er décembre 1790). L'article 27 du chapitre sur le pouvoir judiciaire de la Constitution de 1791 attribuait au Tribunal de cassation le pouvoir d'annuler les «actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leurs pouvoirs.» Ces compétences permirent donc au Tribunal de cassation, qualifié dès 1790 de «tribunal régulateur» (selon l'expression de Stanislas de Clermont-Tonnerre rapportée par Halpérin, *supra* note 19 à la p. 438), d'élargir son champ d'enquête et de contrôle à l'examen des faits (Halpérin, *supra* note 19 à la p. 439).

180. Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 318.

181. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 470.

182. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 8.

183. Voir Partie 1 sur la conception de la loi et son expression dans le Code.

mathématique». <sup>184</sup> La loi n'a donc pas à être interprétée. <sup>185</sup> Cette différence conceptuelle se manifeste dans l'évaluation de la fréquence du rôle interprétatif du juge proposée par les codificateurs et les tribunaux. Ainsi, pour les auteurs du projet, «[i]l est **souvent** nécessaire d'interpréter les lois». <sup>186</sup> Mais les tribunaux opinent que cela n'est que «**quelquefois**» nécessaire <sup>187</sup> ou encore «**peut [l']être**», <sup>188</sup> «car il serait à souhaiter que les juges ne fussent jamais dans la nécessité d'interpréter». <sup>189</sup>

Les codificateurs fondent leur projet sur une conception idéale et libérale d'une société constituée d'**hommes** égaux entre eux. L'**homme** du Code consiste en un être abstrait, un esprit surpuissant, animé par la seule volonté. Le juge des codificateurs incarne la même image : un **surhomme** équitable, objectif et guidé par la raison naturelle. Pour eux, le magistrat, pénétré de l'esprit général des lois, dirige l'application de la loi. <sup>190</sup> Le Tribunal de Riom semble en accord avec cette vision lorsqu'il écrit :

«Qui ne voit en effet que les lois sont aux conventions des hommes ce que les éléments sont à la composition des corps; qu'elles doivent être simples comme eux, et que c'est aux juges à discerner, dans les diverses conventions, les principes élémentaires auxquels elles se rapportent, et par lesquels elles doivent être jugées.» <sup>191</sup>

Pour les codificateurs, le magistrat détient une science qui consiste à :

«[...]mettre ces principes [les principes du législateur] en action, [à] les ramifier, [à] les étendre, par une application sage et raisonnée, aux

---

184. Il est intéressant de constater que les membres du Comité de législation avaient déjà commencé à remettre en question le syllogisme de l'acte juridictionnel (Interpréter la loi, *supra* note 19 à la p. 37).

185. La raison politique avait déjà été énoncée par Robespierre (Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 317) : «Si la loi peut être interprétée, augmentée ou appliquée au gré d'une volonté particulière, l'homme n'est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui l'interprète.»

186. Voir Annexe 1 : Article 2 du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois.

187. «Amiens», *supra* note 25 à la p. 3.

188. Tribunal de cassation, *supra* note 66 à la p. 7.

189. «Amiens», *supra* note 25 à la p. 3.

190. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 470.

191. «Riom», *supra* note 25 à la p. 2.

hypothèses privées; [à] étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue; et [à] ne pas s'exposer au risque d'être tour-à-tour, esclave et rebelle, et [à] désobéir par esprit de servitude.»<sup>192</sup>

Ainsi, les codificateurs encouragent les juges à appliquer l'esprit de la loi quand l'application formelle du texte conduit à l'injustice. Les codificateurs signalent certaines situations que les juges doivent éviter dans l'exercice de leur fonction. D'abord le juge devient esclave de la loi s'il se contente de l'appliquer aveuglément sans se soucier des conséquences injustes que cette application entraîne. Le juge se voit justement accusé de «désobéir à la loi par esprit de servitude» si cette application stricte du texte de loi conduit le juge à contrarier l'esprit de celle-ci. Ensuite, le juge se montre «rebelle» si par souci de respect de l'esprit de la loi, il passe outre au texte.

Ce discours témoigne du souci des codificateurs de rationaliser le devoir d'interprétation des juges, leur rôle actif dans l'application de la loi. Enfin, il révèle la distance qui sépare les codificateurs de la magistrature. Pour les premiers, le juge doit éviter la servitude par rapport au texte de la loi, alors que pour les seconds, le rôle du juge consiste précisément à en être l'esclave.

De l'opinion des codificateurs, l'équité constitue un «retour à la loi naturelle» à laquelle il faut recourir dans plusieurs cas, notamment «le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives».<sup>193</sup> De plus, en l'absence d'un texte précis, plusieurs sources extérieures peuvent tenir lieu de loi tels «un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue [...]».<sup>194</sup>

---

192. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 476.

193. *Ibid.* à la p.474 : «Quand la loi est claire, il faut la suivre; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives.»

194. *Ibid.* à la p. 471 : «Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes.»

Les tribunaux se montrent beaucoup plus stricts. L'intervention du juge constitue un mal nécessaire, se limitant aux seuls cas imprévus.<sup>195</sup> Et même alors, les décisions particulières doivent avoir pour unique objet d'éviter la diversité de la jurisprudence.<sup>196</sup> Le Tribunal de Rouen propose d'instituer l'obligation par le ministre de la justice de provoquer des lois interprétatives et supplétives pour contrôler la divergence des principes d'équité.<sup>197</sup> Les lois interprétatives, vérités législatives, remettraient les juges errants dans le droit chemin.<sup>198</sup>

Dans un système legaliste, le magistrat doit être dirigé par des règles. Pour les codificateurs, les lois constituent ces règles en tant que raison publique.<sup>199</sup> Ainsi, un échange s'installe entre le législateur et la jurisprudence; «il [le législateur] peut être éclairé par elle [la jurisprudence], et il peut, de son côté, la corriger, mais il faut qu'il y en ait une».<sup>200</sup> «Le législateur veille sur la jurisprudence».<sup>201</sup> Pourtant, les codificateurs proposent d'abolir le référé législatif qu'ils qualifient de funeste parce qu'il équivaut à la reconnaissance de la désastreuse législation des rescrits.<sup>202</sup> Les codificateurs rappellent les abus de

---

195. «Rouen», *supra* note 25 à la p. 1 : «Il faut, nous le savons, laisser d'abord les cas imprévus à l'équité du juge; mais c'est sur ces cas imprévus seulement qu'il peut s'établir une jurisprudence.»

196. *Ibid.* : «[...] encore ne faut-il pas que cette jurisprudence [des cas imprévus] varie suivant les lieux, et que la loi, comme un vieux tronc, reste oubliée au milieu de branches parasites, divergentes dans tous les sens; il faut que les décisions particulières qui peuvent avoir l'effet de former avec le temps une jurisprudence, soient dirigées vers un résultat unique.»

197. *Ibid.* : «[...] il faut que les décisions particulières [...] soient dirigées vers un résultat unique. Nous voudrions donc que dans chaque tribunal d'appel, le commissaire du Gouvernement fût tenu de transmettre au ministre de la justice tous les jugements qui auraient pour base un principe d'équité ou de doctrine **interprétatif ou supplétif** de la loi; et qu'en cas de divergence dans les principes adoptés, le ministre fût tenu de provoquer une loi **interprétative** ou supplétive.»

198. *Ibid.* à la p. 2 : «De cette manière, les juges ne flotteraient que momentanément dans le vague de l'arbitraire; ils seraient confirmés dans leur principe de décision, si ce principe était adopté, et rappelés à la vérité s'ils avaient erré.»

199. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 aux pp. 479-480 : «Le pouvoir judiciaire, établi pour appliquer les lois, a besoin d'être dirigé, dans cette application, par certaines règles. Nous les avons tracées : elles sont telles, que la raison particulière d'aucun homme ne puisse jamais prévaloir sur la loi, raison publique.»

200. *Ibid.* à la p. 476.

201. *Ibid.*

202. *Ibid.* à la p. 474 : «Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes; ce serait renouveler parmi nous, la désastreuse législation des rescrits.»

ce recours au législateur par les tribunaux.<sup>203</sup> Ils préférèrent l'arbitraire des juges à celui, tout puissant, du pouvoir législatif :

«On a moins à redouter l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable [...] il [le recours au législateur] compromettrait la sagesse et la sainteté des lois.»<sup>204</sup>

Contrairement à cette vision des choses, les tribunaux privilégient le recours au législateur pour se soustraire à une plus lourde responsabilité. Certains tribunaux opinent que le «juge doit être esclave de la loi».<sup>205</sup> Le juge ne doit pas substituer son opinion au texte.<sup>206</sup> Ainsi, le recours au référé législatif créé par l'Assemblée constituante demeure essentiel et nécessaire pour les tribunaux.<sup>207</sup> Mais, selon le Tribunal de Lyon, ce recours demeurerait rare puisque le Code civil aurait statué sur tout le droit connu. Les circonstances imprévues, si elles survenaient, relèveraient de l'autorité du législateur.<sup>208</sup>

La conception du rôle du juge, et plus particulièrement sa fonction interprétative, telle qu'envisagée par les codificateurs, diffère fondamentalement de celle entretenue par les tribunaux. Les tribunaux souffrent encore des

---

203. *Ibid.* : «Sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de loi, ou que la loi existante leur paraissait obscure. Le Tribunal de cassation a constamment réprimé cet abus, comme un déni de justice.»

204. *Ibid.* aux pp. 474-475.

205. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 8.

206. «Rouen», *supra* note 25 à la p. 2 : «Il nous semble que quand la lettre de la loi tue, elle est claire, formelle et impérieuse. Or, sera-ce dans ce cas qu'il sera permis au magistrat de substituer au texte précis d'une loi qui commande avec rigueur, son opinion sur l'esprit de cette loi?» Le Tribunal de Riom ajoute («Riom», *supra* note 25 à la p. 12) : «[...] le magistrat, qui ne fait que l'appliquer [la loi], l'exécute, sans rien ordonner de son chef.»

207. Le Tribunal de Lyon («Lyon», *supra* note 25 aux pp. 8-9) rappelle que l'Assemblée constituante s'était empressée de consacrer en France le principe de la loi comme «régulateur général et commun des jugements» en statuant que : «les juges s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle». Le Tribunal de Lyon ne voit aucune raison de rétracter ce principe : «Il en existe de puissants pour le maintenir et pour rejeter les dispositions proposées dans ce titre [Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois].»

208. *Ibid.*



séquelles laissées par les nombreuses réformes judiciaires et les mécanismes de surveillance et de contrôle que le régime de la terreur n'a fait que rendre plus menaçants et immédiats. Ils visent à abdiquer leur pouvoir au profit du législatif. Les codificateurs, au contraire, projettent une vision plus réaliste et globale de la codification. Inspirés par l'ère de changement engagée par les avis du Comité législatif et la jurisprudence du Tribunal de cassation, ils aspirent à donner un rôle actif aux juges du nouveau droit.

## CONCLUSION

Au moment de la naissance du Code de Napoléon, les codificateurs et la magistrature entretiennent des opinions opposées de la loi, de la jurisprudence et de la fonction judiciaire. Les tribunaux idéalisent l'effet qu'aura le nouveau Code civil alors que les codificateurs réalisent les limites et les insuffisances d'une loi civile générale. Cependant, quand il s'agit de l'expression de la loi, les rôles s'inversent. Les tribunaux demandent la suppression des principes abstraits proposés par les codificateurs et exigent des dispositions concrètes et précises. De plus, pour les codificateurs, la jurisprudence forme une science alors que pour les tribunaux elle constitue un fléau destructeur. Enfin, pour les premiers, le juge doit éviter la servitude par rapport au texte de la loi, alors que pour les seconds, le rôle du juge consiste précisément à en être l'esclave.

Cette différence fondamentale de conception du droit s'explique en partie par les rôles respectifs que les codificateurs et les tribunaux sont appelés à jouer dans le nouveau système légaliste mais aussi par leurs attentes des effets de la codification. Les codificateurs, hommes d'influence coupés de la vie courante des juges, visent à rédiger un Code qui consacre le «droit universel et immuable».<sup>209</sup> Pour les tribunaux, le problème se situe ailleurs. Ils désirent un Code qui les dirige, les guide mais surtout un Code qui les lie. À la lecture du *Titre préliminaire* qui a introduit le Code civil, les rédacteurs ont eu la sagesse ou la folie d'écouter les cris d'alarme poussés par les praticiens du droit, ceux à qui revient la difficile tâche de juger et de trancher.

L'histoire de la pensée juridique du 19<sup>ème</sup> siècle démontre que la **conception** des juges et leur **volonté de croire** en la réduction possible, voire l'annihilation, de leur pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de leur fonction

---

209. Voir Annexe 1 : Article 1 du Titre I, Définitions générales.

judiciaire allaient triompher. L'hégémonie du classicisme juridique tout au cours du siècle dernier, baptisé l'École de l'exégèse en France, allait élever le culte de la loi au point de dissimuler le rôle créateur des juges. En effet, la conception classiciste du droit civil véhiculait l'hypothèse très répandue selon laquelle le droit privé civil est, et n'a toujours été, qu'un système de droit purement et simplement formel et positiviste. Plus précisément, la conception classiciste du droit consistait en une croyance en la simplification, la systématisation, l'abstraction et la généralisation de principes et de règles de droit par le biais de la loi écrite et surtout de la codification. Ce système s'ordonnait conceptuellement en ce que les règles substantives dérivait d'un petit nombre de concepts et de principes abstraits dans des formes et des catégories génératives et abstraites perçues comme des éléments objectifs, neutres et rationnels. Ces concepts et ces principes se voulaient également formalistes parce qu'ils devaient être susceptibles de s'appliquer, exactement et inévitablement par toute personne initiée, par le biais d'un raisonnement rationnellement irrésistible qui prédéterminaient de façon cohérente toutes les solutions à toutes les situations passées, présentes et futures. Bref, ce système conçu comme cohérent, complet et autonome desservait par un raisonnement juridique neutre, rationnel et objectif attribuait au juge un pouvoir discrétionnaire très modeste, voire inexistant. Si, en 1802, les juges de la codification française aspiraient à un tel système de droit, leurs contemporains codificateurs émettaient déjà des réserves quant à son réalisme.

Or, cette conception classiciste du droit, prévalant tant en France qu'au Québec et qu'aux États-Unis,<sup>210</sup> se heurta tout au cours de son existence à une résistance qui ne fit qu'augmenter au cours du 20<sup>ème</sup> siècle. En effet, contrairement à la perspective traditionnelle, il existe de fait une très vive tradition critique dans le savoir juridique français.<sup>211</sup> Une tradition critique

- 
210. Voir T. C. Grey, «Langdell's Orthodoxy», (1983) 45 U. Pitt. L. Rev. 1; D. Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought, 1850-1940*, non publié, 1975; D. Kennedy, «Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness : The case of Classical Legal Thought in America 1850-1940», (1980) 3 Research in Law and Sociology 3; D. Kennedy, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Cambridge, Harvard University Press, 1997 aux pp. 133-179; M. J. Horwitz, *The transformation of American Law 1870-1960 : The crisis of legal orthodoxy*, Cambridge, Harvard University Press, 1992 aux pp. 3-7.
211. M.-C. Belleau, «The «Juristes Inquiets» : Legal Classicism and Criticism in Early Twentieth-Century France», (1997) Utah Law Review 379. Une longue tradition historique contribua à l'étude et à l'analyse de la perspective critique américaine, connue sous le nom de *Legal Realism*, qui battit en brèche le classicisme juridique américain. Voir, e.g. G. Gilmore, «Legal Realism : Its Cause and Cure», (1960) 70 Yale Law Journal 1037; Horwitz, *ibid.*; L. Kalman, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Chapel Hill, University of North Carolina

similaire existait, fort probablement, également en droit civil québécois.<sup>212</sup> Cette conception critique élaborée en France, entre autres par les Raymond Saleilles, François Gény et René Demogue, allait dévoiler les limites inévitables et intrinsèques de la codification, dénoncer le processus des constructions juridiques et révéler l'action créatrice et l'ingéniosité des juges et de leur jurisprudence.<sup>213</sup> Ces auteurs critiques français, que nous avons baptisé les «*Juristes Inquiets*»,<sup>214</sup> étaient-ils les héritiers des codificateurs du Code de Napoléon dans leur réalisation de l'impossibilité d'une loi écrite omniprésente et d'une fonction judiciaire mécanique et mathématique?

Près de deux siècles après la codification du Code de Napoléon, de l'autre côté de l'Atlantique, le législateur québécois augmente explicitement le pouvoir d'intervention des juges et favorise ainsi le rôle créateur de la jurisprudence en droit privé au moment de la réforme du Code civil du Québec. Quelle conception de la codification et du rôle des juges le législateur du Québec de 1991 a-t-il tenté de promouvoir? Dans le contexte contemporain, comment les tribunaux accueilleront-ils ce pouvoir sinon accru, dû moins ouvertement reconnu? Comment les juges répondront-ils et répondront-elles à l'invitation explicite d'intervention qui leur est faite? Quelles auraient été les

---

Press, 1986; Kennedy, *ibid.*; E. A. Purcell, *The Crisis of Democratic Theory : Scientific Naturalism and the Problem of Value*, Lexington, University Press of Kentucky, 1973; J. Singer, «Legal Realism Now», (1988) *California Law Review* 465; M. G. White, *Social Thought in America : The Revolt Against Formalism*, New York, Viking, 1949.

212. Toutefois peu d'études ont été faites à ce sujet. Voir, e.g., J.-G. Belley, «Une croisade intégriste chez les avocats du Québec : La Revue du droit (1922-1939)», (1993) 34 *Cahiers de droit* 183; J.-G. Belley, «Vers une sociologie historique de la justice québécoise : réflexion en marge d'un ouvrage récent sur la justice civile sous le régime français», (1983) 24 *Cahiers de droit* 409; N. Kasirer, «Apostolat Juridique : Teaching Everyday Law in the Life of Marie Lacoste Gérin-Lajoie (1867-1945) : Québec», (1992) 30 *Osgoode Hall L.J.* 427; N. Kasirer, «Canada's Criminal Law Codification Viewed and Reviewed», (1990) 35 *McGill L.J.* 841; N. Kasirer, «The Infans as bon père de famille : "Objectively Wrongful Conduct" in the Civil Law Tradition : Comparing French Law with the Law in Québec», (1992) 40 *AM. J. COMP. L.* 343; S. Normand, «Justice civile et communauté rurale au Québec», (1984) 25 *Cahiers de droit* 579; S. Normand, «Les officiers de justice : des origines de la colonie jusqu'à nos jours», (1986) 27 *Cahiers de droit* 983; S. Normand, «Les travaux préparatoires et l'interprétation du Code civil du Québec», (1986) 27 *Cahiers de droit* 347; S. Normand, «Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec 1760-1840», (1994) 35 *Cahiers de droit* 961; S. Normand, «Profil des périodiques juridiques québécois au XIXe siècle : Études en histoire de droit québécois», (1993) 34 *Cahiers de droit* 153.

213. M.-C. Belleau, *supra* note 211.

214. *Ibid.*

réactions et les opinions des membres des tribunaux québécois s'ils et elles avaient été consultés spécifiquement comme le furent les juges français en 1802? Le corps judiciaire serait-il parvenu à ébranler et à influencer le codificateur québécois en cette fin de siècle? Comme les codificateurs du Code de Napoléon et les *Juristes Inquiets* après eux, le législateur québécois de 1991 est-il parvenu à la reconnaissance explicite et expresse des limites intrinsèques de la codification, concluant ainsi à la nécessité de la reconnaissance de l'intervention discrétionnaire judiciaire? Si plusieurs de ces questions demeureront sans réponse, le recul du temps en éclairera d'autres.

## ANNEXE 1

### TEXTE DU LIVRE PRÉLIMINAIRE PROPOSE PAR LES CODIFICATEURS

Source : P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, Osnabrück, O. Zeller, 1968. Voir «Projet de la Commission du Gouvernement, présenté le 24 thermidor.

### LIVRE PRÉLIMINAIRE DU DROIT ET DES LOIS

#### TITRE I - Définitions générales.

- Art. 1 Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes.
- Art. 2 Tout peuple reconnaît un droit extérieur ou des gens, et il a un droit intérieur qui lui est propre.
- Art. 3 Le droit extérieur ou des gens, est la réunion des règles qui sont observées par les diverses nations, les unes envers les autres.  
Dans le nombre de ces règles, les unes sont uniquement fondées sur les principes de l'équité générale; les autres sont fixées par les usages reçus ou par des traités.  
Les premières forment le droit des gens naturel; les secondes, le droit des gens positif.
- Art. 4 Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont le supplément des lois.
- Art. 5 La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune.
- Art. 6 La loi, chez tous les peuples est une déclaration solennelle du pouvoir législatif sur un objet de régime intérieur et d'intérêt commun.
- Art. 7 Elle ordonne, elle permet, elle défend, elle annonce des récompenses et des peines. Elle ne statue point sur des faits individuels; elle est présumée disposer, non sur des cas rares ou singuliers, mais sur ce qui se passe dans le cours ordinaire des choses. Elle se rapporte aux personnes ou aux biens, et aux biens pour l'utilité commune des personnes.

#### TITRE II -Division des lois.

- Art.1 Il est diverses espèces de lois. Les unes règlent les rapports de ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés, et les rapports de chaque membre de la cité avec tous : ce sont les lois constitutionnelles et politiques. Les autres règlent les rapports des citoyens entre eux : ce sont les lois civiles. Les troisièmes règlent les rapports de l'homme avec la loi. Cette partie de la législation est la garantie et la sanction de toutes les lois : elle se compose des lois relatives à l'ordre judiciaire, des lois criminelles, des lois concernant la police, et de toutes celles qui ont directement les mœurs ou la paix publique pour objet. Les quatrièmes disposent sur des objets qui n'appartiennent exclusivement à aucune des divisions précédentes : ce sont les lois fiscales, les lois commerciales, les lois maritimes, les lois rurales.
- Art. 2 Les lois, de quelque nature qu'elles soient, intéressent à la fois, et le public et les particuliers. Celles qui intéressent plus immédiatement la société que les individus, forment le droit public d'une nation. Dans le droit privé sont celles qui intéressent plus immédiatement les individus que la société.
- Art. 3 Les lois diffèrent des règlements : les règlements sont variables; la perpétuité est dans le vœu des lois.

### **TITRE III - De la publication des lois.**

- Art. 1 Les lois sont adressées aux autorités chargées de les exécuter ou de les appliquer.
- Art. 2 Les lois dont l'application appartient aux tribunaux, sont exécutoires dans chaque partie du territoire de la république, du jour de leur publication, par les tribunaux d'appel.
- Art. 3 Cette publication doit être faite, à peine de forfaiture, à l'audience qui suit immédiatement le jour de la réception, par la section qui est de service. Le greffier en dresse procès-verbal sur un registre particulier.
- Art. 4 Les lois dont l'exécution et l'application appartiendraient à la fois aux tribunaux et à d'autres autorités, leur sont respectivement adressées; et elles sont exécutoires en ce qui est relatif à la compétence de chaque autorité, du jour de la publication par l'autorité compétente.

### **TITRE IV - Des effets de la loi.**

- Art. 1 Le premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements, et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle.

- Art. 2 La loi ne dispose que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroactif.
- Art. 3 Néanmoins, une loi explicative d'une autre loi précédente règle même le passé, sans préjudice des jugements en dernier ressort, des transactions et décisions arbitrales passées en force de chose jugée.
- Art. 4 La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire : l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède, et pour sa personne pendant sa résidence.
- Art. 5 Le Français résidant en pays étranger, continue d'être soumis aux lois françaises pour ses biens situés en France, et pour tout ce qui touche à son état et à la capacité de sa personne. Son mobilier est réglé par la loi française comme sa personne.
- Art. 6 La forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés.
- Art. 7 On ne peut, par des conventions, déroger aux lois qui appartiennent au droit public.
- Art. 8 La loi règle les actions; elle ne scrute pas les pensées; elle réfute licite tout ce qu'elle ne défend pas. Néanmoins ce qui n'est pas contraire à la loi, n'est pas toujours honnête.
- Art. 9 Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée.

#### **TITRE V - De l'application et de l'interprétation des lois.**

- Art. 1 Le ministère du juge est d'appliquer les lois avec discernement et fidélité.
- Art. 2 Il est souvent nécessaire d'interpréter les lois. Il y a deux sortes d'interprétation; celle par voie de doctrine, et celle par voie d'autorité. L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le véritable sens d'une loi, dans son application à un cas particulier. L'interprétation par voie d'autorité consiste à résoudre les doutes par forme de disposition générale et de commandement.
- Art. 3 Le pouvoir de prononcer par forme de disposition générale, est interdit aux juges.
- Art. 4 L'application de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elle statue. Les objets qui sont d'un ordre différent ne peuvent être décidés par les mêmes lois.
- Art. 5 Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit; et dans l'application d'une loi obscure, on doit

préférer le sens le plus naturel et celui qui est le moins défectueux dans l'exécution.

- Art. 6 Pour fixer le vrai sens d'une partie de la loi, il faut en combiner et en réunir toutes les dispositions.
- Art. 7 La présomption du juge ne doit pas être mise à la place de la présomption de la loi : il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas; et les exceptions qui ne sont point dans la loi, ne doivent point être suppléées.
- Art. 8 On ne doit raisonner d'un cas à un autre, que lorsqu'il y a même motif de décider.
- Art. 9 Lorsque, par la crainte de quelque fraude, la loi déclare nuls certains actes, ses dispositions ne peuvent être éludées sur le fondement que l'on aurait rapporté la preuve que ces actes ne sont point frauduleux.
- Art. 10 La distinction des lois odieuses et des lois favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive.
- Art. 11 Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive.
- Art. 12 Le juge qui refuse ou qui diffère de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice.
- Art. 13 Dans les matières criminelles, le juge ne peut, en aucun cas, suppléer à la loi.

#### **TITRE VI - De l'abrogation des lois.**

- Art. 1 Les lois ne devant point être changées, modifiées ou abrogées sans de grandes considérations, leur abrogation ne se présume pas.
- Art. 2 Les lois sont abrogées, en tout ou en partie, par d'autres lois.
- Art. 3 L'abrogation est expresse ou tacite. Elle est expresse quand elle est littéralement prononcée par la loi nouvelle. Elle est tacite si la nouvelle loi renferme des dispositions contraires à celles des lois antérieures.



## ANNEXE 2

### TEXTE DU TITRE PRÉLIMINAIRE ADOPTÉ

Source : *Le Code civil : Textes antérieurs et version actuelle*, Paris, GF Flammarion, 1988.

### **TITRE PRÉLIMINAIRE DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL**

Décret du 5 mars 1803

- Art. 1 Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par (le Président de la République). Elles seront exécutées dans chaque partie de (la République) du moment où la promulgation en pourra être connue. La promulgation faite par (le Président de la République) sera réputée connue dans le département où siège le gouvernement, un jour après celui de la promulgation; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où en aura été faite et le chef-lieu de chaque département.
- Art. 2 La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.
- Art. 3 Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.
- Art. 4 Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.
- Art. 5 Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.
- Art. 6 On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LES MÉDIAS ÉCRITS ET LE PROCESSUS D'ÉMERGENCE DE LA LOI  
120

**Auteur(s) :** Daniel DUCHARME, Anne MARCOUX, Guy ROCHER,  
Andrée LAJOIE

**Revue :** RDUS, 1997-1998, volume 28, numéro 1-2

**Pages :** 125-150

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12739>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12739>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## LES MÉDIAS ÉCRITS ET LE PROCESSUS D'ÉMERGENCE DE LA LOI 120

par Daniel DUCHARME\*  
Anne MARCOUX\*\*  
Guy ROCHER\*\*\*  
Andrée LAJOIE\*\*\*\*

### SOMMAIRE

INTRODUCTION .....	127
Méthodologie .....	130
Le constat d'une surcharge bureaucratique .....	131
Un partenariat médecins-journalistes contre l'ennemi commun : la bureaucratie? .....	133
Un point tournant : la campagne publicitaire des médecins .....	134
L'insertion de points de vue alternatifs dans le discours médiatique : le cas de la <i>Coalition pour la santé et le bien-être</i> .....	139

---

\*. Sociologue, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.  
\*\*. Avocate-conseil, Conseil de la Santé et du Bien-Être du Québec.  
\*\*\*. Professeur titulaire et chercheur, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit,  
Université de Montréal.  
\*\*\*\*. Professeure titulaire et chercheure, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit,  
Université de Montréal.

126	<i>Les médias écrits et le processus d'émergence de la Loi 120</i>	(1997-98) 28 R.D.U.S.
-----	----------------------------------------------------------------------------	-----------------------

<b>Les négociations de l'été 1991 et le retour de l'utilisateur dans les quotidiens québécois</b>	.....	142
<b>CONCLUSION</b>	.....	148

## INTRODUCTION

Le processus d'élaboration d'une loi aussi importante que celle qui concerne les Services de Santé et les Services sociaux monopolise l'attention d'un nombre impressionnant de groupes sociaux qui s'affrontent sur la base d'intérêts divergents. De façon à inscrire ces intérêts dans un éventuel corpus juridique formalisé, les acteurs sociaux qui participent à l'élaboration d'une telle loi multiplient les stratégies pour mettre de l'avant l'univers normatif qu'ils privilégient.

L'affrontement des ordres normatifs qui en résulte se joue donc à plusieurs niveaux. Pour s'enfoncer plus loin dans la métaphore théâtrale, nous pourrions même dire qu'il s'articule autour de scènes sur lesquelles interagissent les acteurs sociaux. C'est de la capacité à s'emparer de ces scènes que dépend le succès de l'entreprise de mobilisation et de défense des intérêts des groupes sociaux impliqués dans ce débat législatif. Rien n'est donc laissé au hasard pour les groupes qui veulent faire inscrire leurs droits dans un projet de loi - il faut à tout prix que leurs voix soient entendues sur toutes ces scènes afin que leurs intérêts trouvent écho dans le texte législatif à venir.

Les scènes d'intervention des acteurs sociaux impliqués dans ce processus législatif ne sont pas légion. Nous pouvons déjà en distinguer quelques unes qui sont incontournables : la scène privée où interagissent les groupes professionnels et les groupes d'intérêts, la scène publique où ce sont les membres de la classe politique et de la fonction publique qui interagissent entre eux et finalement, la scène politique où les membres des deux scènes mentionnées précédemment se rejoignent pour créer un véritable débat législatif. Il existe toutefois une scène qui semble cristalliser toutes les autres en réunissant dans un débat encore plus large les univers du privé et du public, c'est la scène médiatique, qui fait entrer le reste de la société civile dans le processus législatif à travers la mission d'information de l'opinion publique que les médias instaurent.

Il n'est pas trop de dire que cette dernière scène occupe un rôle essentiel dans le débat qui entoure l'élaboration d'une nouvelle législation. Qui plus est, elle occupe une place primordiale dans l'esprit des groupes qui veulent informer et influencer l'opinion publique de façon à ce que celle-ci intercède en leur

faveur auprès du législateur. Les stratégies sont nombreuses pour que les journalistes fassent écho aux intérêts des groupes impliqués dans la discussion entourant un projet de loi : conférences et points de presse, entrevues, abondante documentation livrée aux médias, campagne de publicité, etc...

Si la réaction de la population profane à un projet de loi est en général fortement influencée par ces contenus médiatiques, il est à se demander toutefois si cette réaction est bel et bien le résultat d'un processus d'information du public ou si elle ne serait pas plutôt le fruit d'une manipulation de celui-ci à des fins strictement utilitaristes. La question peut sembler anodine, mais elle n'en demeure pas moins fondamentale. Dans la mesure où les médias produisent eux aussi une normativité qui taille sa place dans le sens commun, il n'est pas faux d'affirmer que le discours médiatique contribue à construire ou à modifier le droit formel. Loin de représenter le discours du citoyen ordinaire, le contenu médiatique se construit souvent à l'insu de ce dernier en prenant tout bonnement le relais du discours officiel de l'État ou des groupes de pression. En ce sens, les journalistes ne laissent s'exprimer que les acteurs déjà présents sur l'arène politique, délaissant par ailleurs ceux dont la voix a le plus besoin de se faire entendre : les citoyens ordinaires qui sont eux aussi interpellés par le nouveau projet de loi.

La couverture médiatique des débats entourant la discussion et l'adoption de la *Loi sur les Services de Santé et les Services sociaux* est instructive à cet égard. Jamais n'aura-t-on assisté à une mise à l'écart aussi évidente du citoyen que le discours bureaucratique plaçait pourtant, dans une savante rhétorique, au centre de la réforme.<sup>1</sup> Le survol rapide des grands titres des quotidiens dans la

---

1. Sur ce point, et pour dissiper toute forme d'équivoque que pourrait entraîner une lecture partisane de cette réforme, nous mentionnerons que nous n'avons pas voulu prendre position en faveur d'aucune catégorie d'acteurs sociaux présents dans le débat. Si certains peuvent voir dans la retranscription des propos de hauts-fonctionnaires, de journalistes, de juristes ou de représentants de groupes professionnels une adhésion naïve et aveugle à leurs propos, nous préférons dire que nous nous en tenons aux principes de la rigueur méthodologique en analyse de discours en sociologie. Sachant que notre corpus de recherche (le contenu des médias écrits) est essentiellement composé de discours (et qu'aucun acteur social n'échappe à la production de discours), nous cherchons plutôt à déterminer quelles en sont les propriétés empiriques constitutives qui permettent de révéler la nature sociale du processus d'émergence de la loi 120. Ainsi, nous pensons établir les bases d'une véritable sociologie

période qui précède l'adoption de cette loi pourrait toutefois laisser croire le contraire. S'il existe une catégorie d'acteurs du système de santé dont le nom revient tel une rengaine dans les médias écrits, c'est bien celle du citoyen. Pourtant, ce dernier est très rarement considéré comme un élément actif du système de santé<sup>2</sup> par les journalistes qui font la couverture de ce débat. C'est pourquoi il est très rarement interrogé.

Alors, comment expliquer l'omniprésence du citoyen dans le discours journalistique quand celui-ci n'a pratiquement pas droit au chapitre quand vient le temps de laisser la parole aux acteurs du système de santé? Une piste qui pourrait nous être utile dans la compréhension de ce phénomène inusité est la présence récurrente de la relation entre le patient et le médecin dans les écrits journalistiques que nous avons recensés. Il existe, en effet, un consensus assez fort chez les membres de la presse écrite pour dire que c'est cette relation qui doit servir de balise pour le projet de réforme législative qu'initie le gouvernement québécois. Mais, lorsqu'il s'agit de traiter de ce rapport dialectique, seul le discours du médecin est considéré. Ce qui fait en sorte que la relation patient-médecin, bien qu'elle soit formellement énoncée dans les médias écrits, n'en demeure pas moins présente que de façon virtuelle. Elle est ni plus ni moins remplacée par une dialectique médecins/État qui elle, est bien réelle, et renvoie le citoyen au rang d'une variable muette avec laquelle chaque catégorie d'acteurs jongle, les journalistes étant bien sûr inclus dans cette dynamique.

---

compréhensive, au sens wébérien du terme, qui nous permettra de mettre à jour les interactions sociales qui participent à l'élaboration du droit formel. Par cela, nous évitons, pensons-nous, le piège (tentant, il va s'en dire) de la pure spéculation sur les véritables motivations cachées derrière le discours des acteurs sociaux mis à l'étude.

2. Et ce malgré le fait que le Ministère de la Santé et des Services sociaux semble vouloir bâtir son discours en lui réservant un tout autre rôle, en le considérant en tant que citoyen payeur, consommateur et décideur.



## **Méthodologie**

La revue de presse que nous avons effectuée couvre la période qui s'étend du 1<sup>er</sup> janvier 1991 au 28 août 1991, date de l'adoption de la loi 120.<sup>3</sup> Nous avons choisi cette période car elle constitue l'étape ultime du processus d'émergence normative que nous voulons étudier. Le premier semestre de l'année 1991 a vu, en effet, se matérialiser les discussions suite au dépôt du projet de loi à la fin de l'année précédente. Une période intensive de négociations entre les groupes d'intérêts et le gouvernement s'est alors mise en branle et a trouvé son point culminant dans les négociations privées entre la Corporation professionnelle des médecins, les divers syndicats médicaux et le Ministère de la Santé et des Services sociaux à l'été 1991.

Il est inutile de dire que cette période fut particulièrement fertile pour les médias qui couvraient jusqu'alors les principaux développements de cette importante réforme du réseau public de la santé et des services sociaux au Québec. Nous avons donc trouvé là un terrain fécond pour l'étude du rôle des médias dans le processus d'émergence de la loi 120.

Pour les fins de notre enquête, nous avons retenu environ 1000 articles qui proviennent principalement de trois grands quotidiens montréalais : La Presse, Le Devoir et The Gazette. Nous avons aussi tenu compte des quotidiens régionaux (Le Soleil, Journal de Québec, La Tribune, ...), qui reflètent parfois des préoccupations différentes de celles qui sont soulevées dans la métropole. Dans cette vaste revue de presse, notre attention a surtout porté sur les articles d'opinion, les billets et les éditoriaux qui traduisent mieux les grandes orientations et prises de position que souhaitent prendre les divers quotidiens dans l'élaboration de ce projet législatif. Cela ne veut pas dire pour autant que nous avons négligé les articles informatifs plus classiques dans notre travail de dépouillement des quotidiens québécois. Ces derniers nous sont apparus pertinents dans la mesure où ils nous informaient sur les principaux acteurs qui ont accès à la scène médiatique, ceux qui y ont droit de parole et peuvent, par

---

3. Nous avons ajouté à notre corpus une série d'une quinzaine d'articles, publiés entre le 28 août 1991 et le 15 septembre 1991, qui font le *post-mortem* des débats sur le projet de loi 120.

le fait même, exercer une certaine influence sur l'opinion publique. Ces observations nous permettent aussi de déterminer quels sont les exclus de cette même scène, ceux dont la parole n'est pas prise en compte, pour un motif ou pour un autre.

Un premier tour d'horizon de cette abondante littérature nous a permis de constater l'omniprésence des groupes médicaux dans la presse écrite. Plus de 80% des articles (825 sur 1 013, soit environ 81,44% du corpus) mettent en scène les médecins, alors que seulement 40% traitent de la situation des usagers (397 sur 1 013, 39,19% du corpus). On parle donc deux fois moins dans les journaux montréalais des bénéficiaires des soins de santé que de ceux qui les prodiguent.

### **Le constat d'une surcharge bureaucratique**

Et pourtant, certains éditorialistes et columnistes (peu nombreux, il faut l'admettre) s'accordent avec les objectifs proposés dans le discours du Ministère de la Santé et des Services sociaux pour placer le citoyen au centre du système de soins. C'est du moins ce qui ressort de la lecture de certains articles rédigés dans les mois qui suivirent le dépôt du projet de loi à la fin de l'année 1990. Quelques journalistes défendront avec beaucoup de vigueur le droit des usagers en venant à la rescousse du principe de l'accessibilité universelle aux soins de santé, considérant que les citoyens seront affectés dans ce projet de loi «[...] par l'érosion graduelle des deux principes fondamentaux du régime d'assurance-santé : la gratuité et l'accessibilité.»<sup>4</sup> Certains journalistes anglophones s'insurgeront même contre le Ministère de la Santé et des Services sociaux en mentionnant que l'idée du citoyen au centre du système n'est que pure démagogie, car dans les faits, celui-ci se trouve pratiquement écarté de ce système dans l'esprit du projet de loi 120 qui propose une réforme de structures bureaucratiques plutôt que d'idées :

«The real danger is that bureaucratic structures will impede rather than enhance access to medicare for ordinary Quebecers and perhaps particularly for anglophone Quebecers, even though their right for

---

4. L. Gagnon, «L'érosion du régime», *La Presse [de Montréal]* (8 juin 1991) B3.

health and social services in their own language is reaffirmed in Bill 120 (...) the patient (...) is not served well by such a fragmented, over-structured system.»<sup>5</sup>

Le constat d'une surcharge bureaucratique du système de santé est partagé par le corps médical qui prend ici toute la place qui lui est offerte dans les médias pour critiquer les visées gestionnaires de l'État québécois. Le Dr. Jacques Genest, fondateur de l'Institut de recherche clinique de Montréal, écrira dans *La Presse* du 31 janvier 1991, que le Livre Blanc du ministre Côté est le produit de la réflexion de hauts-fonctionnaires qui nourrissent de l'antagonisme à l'égard des médecins et qui désirent contrôler l'ensemble du système de santé québécois :

«Dans son livre blanc intitulé *Une réforme axée sur le citoyen*, le ministre du MSSS, Monsieur Marc-Yvan Côté prend, malgré d'excellents objectifs et des recommandations souvent justes, des risques sérieux. On mentionne que le Livre blanc a été préparé par une quarantaine de fonctionnaires du MSSS qui, malgré leurs bonnes intentions, n'ont pas suffisamment de perception de la réalité médicale et chez qui ont sent, à tort ou à raison, un certain antagonisme à l'endroit de la profession médicale et une volonté de contrôle. La lecture du document fait voir une technocratie envahissante qui laisse de côté les aspects humains de la médecine.»<sup>6</sup>

Cet avis est aussi partagé par Lysiane Gagnon du quotidien *La Presse* qui dénonce l'omniprésence de la fonction publique dans le projet de réforme de la santé et des services sociaux. Elle fait remarquer qu'à l'exception de Jean Rochon, tous les principaux acteurs qui ont participé à l'élaboration de cette réforme depuis la Commission d'Enquête sur les Services de Santé et les Services sociaux jusqu'à l'élaboration de l'avant-projet de loi 120 occupaient des postes au sein du réseau des Affaires sociales. «C'est dire que le système se jugeait lui-même. Rien d'étonnant à ce que la Commission Rochon ait recommandé l'accroissement des pouvoirs... des administrateurs!»<sup>7</sup>

---

5. «Shelve Health Reform Bill», *The Gazette [de Montréal]* (7 juin 1991) B2.

6. J. Genest, «Attention, M. le Ministre!», *La Presse [de Montréal]* (31 janvier 1991) B3.

7. L. Gagnon, «L'exclusion des médecins», *La Presse [de Montréal]* (28 mai 1991) B3.

### **Un partenariat médecins-journalistes contre l'ennemi commun : la bureaucratie?**

Jean Paré, du mensuel *L'Actualité*, ajoute sa voix à celle de Lysiane Gagnon et de nombreux autres journalistes pour dénoncer la quête de légitimité et de pouvoir des bureaucrates :

«C'est une lutte de pouvoir, de contrôle social. Les bureaucrates sont des gens frustrés : leur pouvoir n'est que délégué, et ils en veulent à tout ce qui est autonome : politiciens, journalistes, professionnels, médecins, gens d'affaires... Il y a lutte constante, et constant mouvement de balancier. Aujourd'hui, l'Est tente de sortir de l'illusion étatique. D'autres s'y précipitent. [...] La guerre est déclarée entre les classes d'une nomenklatura qui se dispute le pouvoir et ses retombées.»<sup>8</sup>

La lecture des différents quotidiens de la province démontre bien que les médias écrits rejoignent souvent le discours des médecins pour dénoncer les *excès* de la bureaucratie. Ainsi, le docteur Robert Marier, président de la Fédération des médecins spécialistes du Québec (FMSQ), rapporte, par exemple, à une journaliste du *Journal de Québec* :

«C'est bizarre, le ministre est correct lorsque nous le rencontrons, mais on dirait qu'il n'est pas capable de faire traduire ses propos pour améliorer la réforme par ses technocrates (...)»<sup>9</sup>

De nombreux écrits de sociologues, d'économistes ou de spécialistes en matière de droit de la santé tapisseront les pages des grands quotidiens québécois et viendront même renforcer cette charge anti-bureaucratie.

Il existe certes des exemples de points de vue divergents mais ils sont peu nombreux et ne bénéficient souvent pas d'une bonne visibilité dans la mise en page des grands quotidiens québécois. L'un des rares détracteurs de la

---

8. J. Paré, «Les médecins ou les technocrates?», *La Tribune [de Sherbrooke]* (3 janvier 1991) B-2.

9. M. Coudé-Lord, «Le lobbying des médecins multiplie les pressions», *Journal de Québec* (28 mai 1991) 12.

querelle entre les médias et la bureaucratie (ou encore des médecins et de la bureaucratie) est sans contredit l'éditorialiste Jean Francoeur qui considère que le développement important des technologies médicales a transformé bon nombre d'hôpitaux en entreprises complexes et de grandes tailles, ce qui a rendu nécessaire une bureaucratie administrative. Il reconnaît donc que le système s'est bureaucratisé tant au niveau des établissements que du ministère mais n'y voit là aucune cause de panique, seulement une réalité normale de toute société avancée, «qu'elles soient de type capitaliste ou soviétique!». <sup>10</sup>

### **Un point tournant : la campagne publicitaire des médecins**

L'apparente unanimité qui semble lier les médecins aux médias dans leur critique du pouvoir bureaucratique s'éteindra toutefois avec l'avènement de la campagne publicitaire du corps médical contre la réforme du ministre Côté au printemps de 1991. Parmi les messages publicitaires que l'on retrouve à cette époque dans les grands quotidiens québécois, un a particulièrement attiré l'attention. Il s'agit d'une photo d'une jeune personne inanimée et couchée sur une civière au dessus de laquelle on peut lire : «Après le 21 juin, sa vie reposera entre les mains des bureaucrates.» Puis dans le texte situé au bas de cette photo, nous lisons :

«Le Québec est reconnu pour avoir l'un des meilleurs systèmes de santé du monde... pourtant, aujourd'hui, la situation est critique.

En effet, notre système de santé est sérieusement menacé par le projet de loi 120 du ministre Côté. C'est une réforme inacceptable, centrée sur l'appareil bureaucratique. Une réforme qui mettra en péril, entre autres, la qualité des soins, la confidentialité de votre dossier et le droit de choisir votre médecin et votre centre hospitalier.

Pire encore, le ministre Côté persiste à vouloir faire adopter, d'ici le 21 juin, ce projet de loi bâclé et rédigé à la hâte.

---

10. J. Francoeur, «Les vrais et les autres», *Le Devoir [de Montréal]* (3 juin 1991) 12.

Appuyons nos médecins et rejetons la loi 120. Notre santé est en jeu et il est préférable qu'elle soit entre les mains d'un médecin plutôt qu'entre celles d'un bureaucrate.»

La Corporation professionnelle des médecins publie, quant à elle, une publicité en son propre nom où elle interpelle directement la population québécoise :

«Citoyens et citoyennes du Québec  
Votre dossier médical ou social vous appartient!  
Jusqu'à quand?  
... Si vous ne voulez pas risquer que des informations sur vos problèmes passés ou actuels, vos maladies, vos opérations, vos traitements puissent être utilisées sans votre consentement, réagissez tout de suite. Dites non au projet de loi 120.»

Cette campagne publicitaire des médecins suscitera chez les journalistes de nombreuses réactions négatives. Isabelle Paré du *Devoir* écrira, par exemple :

«Publicité-choc ou démagogie? Placardée à pleines pages dans les quotidiens québécois, la pub choisie par les médecins pour dénoncer le projet de réforme de la santé a semé, hier, la controverse jusqu'aux portes de l'Assemblée nationale.»<sup>11</sup>

Certains diront même que la démagogie médicale se substitue à ce moment à la démagogie de l'État. Pour la première fois dans les quotidiens québécois, on assiste à une ouverture des journalistes au discours des hauts-fonctionnaires et des politiciens. C'est ainsi que les médias accorderont une grande importance aux propos de Marc-Yvan Côté émis lors d'un point de presse réalisé à Québec, le 7 juin 1991. Le ministre déclarera à ce moment que la publicité des médecins est indécente et mensongère et enjoindra la population québécoise à ne pas croire à cette offensive «malsaine» du corps médical.<sup>12</sup>

---

11. I. Paré, «Un placard qui choque», *Le Devoir [de Montréal]* (8 juin 1991) A1.

12. Presse Canadienne, «Côté pourrait favoriser un large débat public», *Journal de Québec* (8 juin 1991) 10; D. Lessard, «Côté s'en prend aux tactiques indécentes des médecins», *La Presse [de Montréal]* (8 juin 1991) A1; Presse Canadienne, «Marc-Yvan Côté dénonce le dernier message publicitaire», *Le Soleil [de Québec]* (8 juin 1991) A3.

Mentionnons que la campagne publicitaire des médecins s'est aussi étendue à la télévision où Radio-Québec et Radio-Canada ont refusé de diffuser leur message qui a été qualifié de message qui porte à controverse. L'affaire a été largement débattue dans les médias écrits qui ont, pour l'ensemble, cautionné la décision des deux réseaux publics de télévision.<sup>13</sup> Josée Boileau fait, dans un de ses billets, une description des plus complètes de cette publicité :

«Coeurs sensibles, prière de s'accrocher : la guerre des médecins contre la réforme de la santé se continue aujourd'hui sur les ondes de la télévision. Et le message y sera plus cru encore que les images-chocs jusqu'à maintenant publiées dans les quotidiens québécois.

On a vu un médecin bâillonné, une fille intubée. Cette fois les médecins nous plongent en plein cauchemar sanglant, pire que la grisâtre publicité que les infirmières avaient fait diffuser il y a quelques années pour faire prendre conscience de leur importance, et qui avait à l'époque beaucoup choqué.

À la première seconde, le ton est donné : les portes d'une salle d'opération volent sous le choc d'une civière conduite au pas de course. Il y a eu accident. Grave. La jeune blessée de 12 ans à peine saigne d'abondance : déjà la moitié du sang perdu, crie le chirurgien. Il faut de toute urgence stopper l'hémorragie.

Les gros plans sur les blessures, les gestes chirurgicaux, ne sont pas ménagés. Le temps file, la vie aussi. L'anxiété monte, l'infirmière éponge le front du chirurgien.

Changement d'image : un autre homme presse un mouchoir contre sa joue. Un fonctionnaire. Dans un calme bureau. Avec devant lui le projet de loi 120 du ministre Côté qu'il examine et feuillette.

Retour à l'hôpital : "On a au moins du coagulant?", presse le chirurgien. "La demande n'a pas encore été approuvée", répond l'infirmière.

---

13. J. Boileau, «La propagande des médecins sera plus crue à la télé», *Le Devoir [de Montréal]* (10 juin 1991) 1; S. Scott, «CBC won't run doctors' TV ad opposing health-care reform», *The Gazette [de Montréal]* (11 juin 1991) A5.

Et l'on revoit le fonctionnaire, drapeau du Québec en arrière-plan, prendre sa mallette et quitter la pièce, sa journée faite, avec une copie de la loi 120 dans la main. *La bureaucratie, la pire des maladies*, conclut la publicité. Soixante secondes ont passé, mais mille allusions ont été envoyées [...].<sup>14</sup>

L'effet de cette publicité a été considérable dans le retournement de situation concernant l'opinion émise par les journalistes à l'égard des médecins. Si la plupart des quotidiens étaient jusque là fort gracieux face au corps médical, un certain scepticisme s'est dès lors emparé des journalistes qui ont commencé à ouvrir leurs colonnes à d'autres acteurs du débat entourant la réforme des services de santé et des services sociaux. Certains de ceux-ci seront d'ailleurs très virulents à l'égard de la campagne publicitaire. Notons le cas des directeurs d'hôpitaux qui, par la voie d'un communiqué de presse, expriment ainsi leur indignation face à cette situation : «C'est excessif, exagéré, abusif, faux et même méprisant.»<sup>15</sup> Ils allient ainsi leur voix à celle de nombreux groupes qui dénoncent l'omniprésence du discours des médecins dans le débat sur le projet de réforme proposé par le ministre Côté.

Changeant tout à coup d'alliés, les journalistes s'insurgent contre les méthodes utilisées par les médecins pour faire valoir leurs intérêts dans ce dossier. *Le Soleil* de Québec relate les différents moyens de pression envisagés par le corps médical en décrivant chacun de ceux-ci pour leur démagogie trop appuyée : marche des médecins devant le Parlement provincial (29 mai 1991), intervention des médecins spécialistes devant leurs députés respectifs, demande faite aux patients de signer une pétition réclamant le retrait du projet de loi 120, etc...<sup>16</sup>

Qui plus est, les journalistes vont désormais chercher l'opinion des politiciens et des hauts-fonctionnaires qu'ils dénonçaient autrefois pour faire contre-poids à l'offensive publicitaire des médecins. C'est ainsi qu'ils feront grand état des propos de Marc-Yvan Côté concernant la pétition qui circule dans

---

14. J. Boileau, *ibid.*

15. F. Berger, «La publicité choc des médecins soulève la colère des directeurs d'hôpitaux», *La Presse [de Montréal]* (12 juin 1991) A2.

16. L. Lemieux, «Les hôpitaux au ralenti mercredi», *Le Soleil [de Québec]* (23 mai 1991) A3.



les cabinets de médecin. On peut ainsi lire dans un article de Martha Gagnon, daté du 23 mai 1991, que le ministre trouve :

«(...) pour le moins curieux que ces derniers profitent des consultations à leurs cabinets pour informer les patients de leurs revendications. "Cela démontre le caractère généreux de notre régime. Les médecins seront payés pour informer leurs clients", a-t-il ironisé.»<sup>17</sup>

Dans un billet, Jean Francoeur dénonce la menace de grève des médecins. Il dénonce ce qu'il perçoit comme un traitement de faveur qui bénéficie aux médecins plutôt qu'aux autres travailleurs du secteur socio-sanitaire. En ce sens, il s'avoue être contre les avantages que procure la loi 120 aux médecins. Pour Francoeur, cette loi ne fait que renforcer le pouvoir médical et contribue à un meilleur positionnement des médecins dans le système de santé québécois.<sup>18</sup>

Ce qui s'annonçait au départ comme une lutte des divers intervenants en matière de santé au Québec contre une réforme qui ne laisserait pas la part belle aux usagers de ce système socio-sanitaire s'est vite transformé, dans les médias, en un long dialogue entre trois interlocuteurs principaux : les médecins, les représentants de l'État et les journalistes. Trois groupes professionnels qui s'affrontent pour accroître leur zone d'influence auprès de la société civile et s'assurer la possession d'un certain contrôle social.

---

17. M. Gagnon, «Les médecins mettent une sourdine à leurs pressions», *La Presse [de Montréal]* (23 mai 1991) A4.

18. J. Francoeur, «La grève des médecins, deux poids deux mesures», *Le Devoir [de Montréal]* (23 mai 1991) B1.

**L'insertion de points de vue alternatifs dans le discours médiatique : le cas de la *Coalition pour la santé et le bien-être***

Bien sûr, d'autres acteurs se sont inscrits dans les délibérations transmises par les médias écrits. Il faut toutefois admettre qu'ils ont été relégués à des rôles de second plan et que leur parole n'a été admise que si elle s'inscrivait dans les enjeux déjà déterminés par les trois groupes mentionnés précédemment. C'est le cas, entre autres, de la *Coalition pour la santé et le bien-être* [ci-après la Coalition] qui regroupe des organismes populaires, des syndicats, des représentants de consommateurs et de personnes âgées ainsi que des groupes professionnels.

Cette coalition, formée au mois de mai 1991, n'a que très peu retenu l'attention des journalistes jusqu'au jour où les médecins ont engagé leur campagne de publicité. C'est à ce moment bien précis que ce groupe, qui s'oppose aux revendications des médecins, est devenu un acteur ayant pleinement droit au chapitre pour les médias. Lia Lévesque est l'une des premières journalistes à traiter des demandes de la Coalition :

«À leurs yeux, certains articles de la réforme ne doivent pas être négociables, comme la présence de plus de médecins en région, l'accessibilité aux soins, la régionalisation des budgets de la Régie de l'assurance-maladie, le fait que la réforme soit conçue pour l'usager, et non les médecins.»<sup>19</sup>

Bon nombre de journalistes verront dans les revendications de la Coalition une alternative valable à «l'attitude impérialiste» du corps médical. Ainsi acquiescent-ils aux propos des représentants de la Coalition en affirmant que «(...) le ministre de la Santé et des Services sociaux, Marc-Yvan Côté, aurait consenti un compromis de taille en retirant de sa réforme la régionalisation des budgets de la Régie de l'assurance-maladie du Québec.»<sup>20</sup>

---

19. L. Lévesque, «Une imposante coalition veut dire son mot sur la santé», *Le Soleil [de Québec]* (21 juin 1991) A7.

20. F. Tremblay, «Entente avec les médecins», *Le Soleil [de Québec]* (17 août 1991) A1.

La Coalition, tout comme une bonne part des représentants des médias, dénoncent ce recul qui intervient lors de l'été 1991. Les grands quotidiens laissent une place importante au porte-parole de ce regroupement qui affirme que :

«(...) le maintien de la centralisation du budget de la Régie de l'assurance-maladie à Québec... pourrait compromettre l'un des objectifs majeurs de la réforme, soit celui d'assurer l'accessibilité des soins dans les régions.»<sup>21</sup>

Qui plus est, les journalistes s'inquiètent du pouvoir des médecins qui, à l'été 1991, deviennent le seul groupe qui aura eu la chance de négocier de façon privée le projet de loi avec les représentants du ministère de la Santé et des Services sociaux. Des résultats de ces négociations, les membres de la Coalition se disent «(...) très sceptique(s) face au pouvoir et à la place qu'on a donnés aux médecins, à l'intérieur des établissements comme dans tout le système.»<sup>22</sup> De plus, la Coalition :

«(...) réitère sa demande de création d'un Conseil national de la santé et du bien-être pour se préoccuper de la dimension sociale comme de la dimension santé. Pour faire contrepoids également au tout nouveau Conseil médical du Québec et des Commissions médicales régionales.»<sup>23</sup>

### **La recherche des adversaires du corps médical**

Le soudain intérêt des médias écrits pour la Coalition n'aura pas raison des demandes des médecins et c'est un peu à une recherche active des adversaires du corps médical que se livrera l'ensemble des journalistes à l'été de 1991. Ils souligneront, par exemple, l'exaspération du président de l'Association des centres d'accueil du Québec, M. Michel Clair, qui regrette la «bataille de

---

21. F. Tremblay, *ibid.*; voir aussi A. Pépin, «Les médecins font des gains», *La Presse [de Montréal]* (17 août 1991) A1; G. Boivin, «Très net recul du Ministre de la Santé», *Le Soleil [de Québec]* (20 août 1991) A8.

22. G. Boivin, *ibid.*

23. *Ibid.*

pouvoir» que les médecins mènent contre les hauts-fonctionnaires - une bataille qui, selon les dires de ce dernier, serait déjà gagnée par les médecins et ne ferait qu'occulter les véritables objectifs de la réforme proposée par Marc-Yvan Côté.<sup>24</sup>

D'autres journalistes mentionneront la difficile relation qu'entretiennent les médecins avec les CLSC, exprimant par ailleurs l'absence d'altruisme et de bonne volonté dans le discours médical. La quasi-absence des médecins dans les CLSC démontre bien, selon Michelle Coudé-Lord, la profonde rupture qui existe entre les politiques de santé émises par le Ministère de la Santé et des Services sociaux [ci-après le MSSS] et les véritables volontés du corps médical :

«50% des effectifs médicaux sont à peine comblés après bientôt 20 ans d'existence. Pire encore, 50% des médecins recrutés quittent avant cinq ans! Nous sommes loin de la nouvelle histoire d'amour souhaitée par le ministre Marc-Yvan Côté entre les CLSC et le monde médical!»<sup>25</sup>

C'est dans cet esprit que les médias écrits ouvriront leurs pages aux propos et aux revendications de la Fédération des CLSC du Québec, reprenant entre autres, comme c'est le cas du *Soleil* de Québec, leur communiqué de presse qui appuie la réforme Côté de façon intégrale :

«[U]ne proposition portant sur les services médicaux et la réforme de la santé et des services médicaux a été adoptée à l'unanimité, vendredi, lors de l'assemblée générale annuelle de la Fédération des CLSC. (...) la proposition se lit comme suit : “Que la Fédération des CLSC du Québec réitère son appui au Ministre de la Santé et des Services sociaux, M. Marc-Yvan Côté, dans ses efforts pour réaliser une meilleure répartition des médecins entre les régions et pour les établissements publics, particulièrement en maintenant sa position concernant :

- l'agrément des médecins en cliniques privées;
- la régionalisation des budgets de la Régie de l'assurance-maladie du Québec;

---

24. *Ibid.*

25. M. Coudé-Lord, «L'heure de vérité a sonné pour les CLSC», *Journal de Québec* (2 juin 1991) 14.

- les plans d'effectifs médicaux.”»<sup>26</sup>

Ces demandes, loin d'être l'apanage de la Fédération des CLSC, sont aussi partagées par de nombreux groupes communautaires, par certains professionnels (ergothérapeutes, psychologues, travailleurs sociaux) et par la grande Coalition. Dans cet esprit, les journalistes ajoutent leur grain de sel en multipliant les reportages qui traitent des bénéfices d'une régionalisation des budgets de la Régie de l'assurance-maladie du Québec [ci-après la RAMQ] et des plans d'effectifs médicaux.

### **Les négociations de l'été 1991 et le retour de l'usager dans les quotidiens québécois**

Pourtant, toutes ces démarches ne sauront freiner la poussée des médecins, qui prendront pour appui la population grâce à leur imposante campagne de publicité. Les négociations privées entre les médecins et les hauts-fonctionnaires du MSSS seront, dès lors, incontournables et le débat sur la réforme du système de santé québécois ne se résumera plus qu'en une lutte entre deux acteurs principaux : l'État, d'une part, et les médecins, de l'autre.

Certains journalistes verront les négociations de l'été 1991 comme une façon de corriger une erreur de stratégie pour les dirigeants du MSSS :

«La négociation qui s'amorce aurait dû se faire dans les semaines ou les mois qui ont précédé la publication du livre blanc et du projet de loi. En faisant l'économie de cette consultation avec la profession médicale, M. Côté se sera attiré bien des désagréments.»<sup>27</sup>

Assez curieusement, c'est à ce moment que certains journalistes ressortiront le citoyen - pourtant censé être au centre de cette réforme - comme argument contre les négociations secrètes qui se trament alors et qui devraient porter fruit à la fin du mois d'août :

---

26. M. Laferrière, «Réforme de la santé : les CLSC ne céderont pas sur trois points», *Le Soleil [de Québec]* (2 juin 1991) A1.

27. J. Francoeur, «L'os avec les médecins», *Le Devoir [de Montréal]* (19 juin 1991) B1 à la p. B2.

«La nouvelle échéance du 28 août n'offre toutefois aucune garantie sérieuse à la population que le projet remanié protégera ses intérêts. Il est mathématiquement impossible de réviser un projet de loi de 494 articles en deux mois, au coeur de l'été, alors qu'une partie des principaux intervenants seront en vacances.»<sup>28</sup>

Si jusqu'à ce moment la question de la légitimité des médias ne se posait pas (contrairement à celle de l'État ou des médecins), il faut croire que l'annonce de négociations privées entre les médecins et l'État québécois a su réveiller les troupes journalistiques qui ont pris pleinement conscience, dès lors qu'ils se sentaient progressivement écartés du débat, de leur statut latent de groupe de pouvoir.

C'est à ce moment que les médias ont opéré un autre changement de cap qui les a entraînés à cesser de faire l'économie d'une réflexion sur la source de leur légitimité. Dans le duel qui les oppose aux médecins et à l'État, les journalistes ont finalement recentré leurs énergies en fonction du mandat qui leur est conféré, soit celui d'informer l'opinion publique.

N'ayant pas répondu jusque là à la légitimité qui est la leur,<sup>29</sup> les médias écrits ont à ce moment changé leur fusil d'épaule en associant leur discours sur les droits de la population profane qu'ils sont sensé informer. C'est en insérant le points de vue du citoyen ordinaire que les journalistes ont su se positionner dans le débat législatif entourant l'adoption de la loi 120 et faire figure d'autres choses que d'acteur marginal dans ce dossier.

Dès lors s'inscrit donc dans le discours des médias la revendication des droits des usagers qui avait été occultée jusque-là. Lysiane Gagnon, pourtant assez discrète sur la question auparavant, se fera l'une des principales défenderesse de la population :

---

28. L. Gagnon, «Qui défend le public?», *La Presse [de Montréal]* (18 juin 1991) B3.

29. Contrairement aux médecins qui n'ont cessé de penser leur discours en tant que responsables de la santé de la population québécoise ou contrairement à l'État qui n'a eu cesse de rappeler son rôle de garant du bien-être général de cette même population, les journalistes n'ont pas pris le relais du discours de la population profane.

«Dans cette lutte de pouvoir, qu'arrive-t-il au malade, ou, comme on dit dans l'infâme jargon technocratique, au “bénéficiaire”? Pas grand'chose de bon, car par définition, le souci principal de l'administrateur est de gérer son budget d'une manière qui lui vaudra une bonne réputation au ministère. Et tant pis pour les patients quand leurs besoins excèdent les normes.»<sup>30</sup>

Loin d'adopter une position aussi critique que celle de ses autres collègues-journalistes à l'égard des médecins, Lysiane Gagnon persiste dans l'idée que la réforme proposée par le ministre Côté est injustifiée et injustifiable. En ce sens, elle rejoint le rédacteur en chef de *L'Actualité*, Jean Paré, en épargnant le corps médical pour s'attaquer aux fondements même de cette réforme. Ce dernier avait d'ailleurs déjà donné la couleur de ses opinions beaucoup plus tôt dans l'année en accordant une entrevue à *La Tribune* de Sherbrooke où il se questionnait sur l'urgence d'un tel remue-ménage dans le domaine de la santé et des services sociaux au Québec :

«Qu'est-ce qui justifie Dieu-le-père-qui-est-à-Québec de jeter le système de santé québécois dans une autre de ses révolutions pas si tranquilles? N'avons-nous pas le meilleur système de santé au monde? Et côté coût, on en est, assure-t-on, à 7% du PIB? 2% de moins que le reste du Canada, 4% de moins que les États-Unis. Jusqu'où veut-on descendre? Jusqu'où veut-on être efficace? Ne suffit-il pas de corriger le cafouillis des urgences, dû à l'incompétence plutôt qu'au manque de moyens? Et se construire des résidences pour malades chroniques et gériatriques?»<sup>31</sup>

Jean Paré, tout comme Lysiane Gagnon et bien d'autres journalistes, reviendront aux objectifs du livre blanc de Marc-Yvan Côté qui plaçait le citoyen au coeur de la réforme pour démontrer l'illogisme de ce face-à-face entre les médecins et le gouvernement du Québec. Les critiques fuseront de toutes parts pour décrier les visées autonomistes des médecins ou les volontés de contrôle du système de santé par les hauts-fonctionnaires. Lorsque la situation l'indique, certains journalistes utiliseront même les propos d'autres acteurs dans

---

30. L. Gagnon, «Le bon vendeur», *La Presse [de Montréal]* (25 mai 1991) B3.

31. J. Paré, *supra* note 8.

ce débat pour faire valoir leur thèse. C'est le cas ici de Louise Lemieux qui, voulant rétrospectivement défendre le citoyen, s'insurge tout comme la Fédération des infirmières et infirmiers du Québec contre le bras-de-fer qu'ont livré les médecins au gouvernement :

«Non seulement les médecins ont-ils conservé leur pouvoir dans le système de santé, ils l'ont augmenté et consolidé, déplore la Fédération des infirmières et infirmiers du Québec (FIIQ). Ce tour de force, ils l'ont réussi au terme de discussions en *catimini*, cet été, avec le gouvernement.

*Le processus de cet été est inquiétant, et antidémocratique. Le système de santé et de service sociaux est un système public et la population a été tenue à l'écart des négociations entre les médecins et le gouvernement,* constate Sylvie Boulanger, vice-présidente de la FIIQ.

Au terme de deux mois de discussions avec les représentants du ministère de la Santé et des Services sociaux, les fédérations de médecins du Québec ont réussi à reprendre ce que leur enlevait le projet de loi 120 [...]»<sup>32</sup>

Encore une fois, et *a posteriori*, cet exemple prouve qu'avec la réduction du débat en un affrontement entre le corps médical et les hauts-fonctionnaires, les médias écrits n'ont que très tardivement traité de la place de l'utilisateur dans le système de soins au Québec. Très souvent les journalistes ont pris le relais du discours d'un des deux grands belligérants en espérant, du moins en soumettons-nous l'hypothèse (qui restera à vérifier), tailler leur place dans l'esprit de l'opinion publique.

Comme ces deux acteurs importants, les médias ont concouru à une certaine surenchère langagière autour des droits de l'utilisateur qui n'a pas nécessairement mené à une défense active de ces mêmes droits. Du coup, ils ont aussi joué le jeu de la variable muette «citoyen», mais pour faire plutôt un contre-poids à la polarisation du débat entre les médecins et l'État. L'utilisation

---

32. L. Lemieux, «Les médecins ont consolidé leur pouvoir dans les hôpitaux», *Le Soleil [de Québec]* (11 septembre 1991) A3.



d'un discours axé sur les droits du citoyen n'aura toutefois pas permis d'éviter la phase de négociation privée entre ces deux principaux acteurs de la réforme.

En ce sens, nous pouvons nous questionner sur la véritable place qui a été laissée aux usagers dans les médias. Bien peu de journalistes ont porté attention à ceux-ci avant que les médecins ne préparent leur grande offensive publicitaire. Tout au plus, les commentaires ont été discrets à leur égard, témoignant d'une sympathie qui laisse croire que les différents quotidiens de la province soignent leur lectorat plutôt que d'être préoccupés par une représentation adéquate dans leurs pages de tous les intervenants présents dans ce débat législatif.

Cette timidité des médias face à la situation des usagers est particulièrement perceptible dans les grands éditoriaux rédigés essentiellement par Jean Francoeur (*Le Devoir*), Agnès Gruda (*La Presse*), Lysiane Gagnon (*La Presse*) et les divers rédacteurs de la *Gazette*. Les charges plus dures à l'endroit de l'État québécois sont peu nombreuses. L'un des rares exemples de critique portées à l'égard de la loi 120 provient de la plume de Jean Francoeur qui s'élève contre la portée réelle de l'article 13 :

«Prenons (sans ironiser) ce fameux droit des usagers qui tient une place démesurée dans le projet de loi 120. Comment ne pas voir que l'article 13, qui soumet l'exercice de ce droit aux dispositions législatives et réglementaires touchant l'organisation des établissements, leur fonctionnement et leurs ressources, constitue en fait une limite beaucoup plus nette que sous la loi actuelle, et pourrait même marquer un recul (souhaitable? discutons-en) tout en facilitant un aménagement plus rationnel des services.»<sup>33</sup>

Il est à noter que ce fameux article 13 restreint sérieusement l'accès aux soins pour les usagers, alors que, dans la même loi, les articles 5 et 6 portent sur la liberté du choix du professionnel ou de l'établissement pour les services que désire recevoir l'utilisateur. Comme bon nombre de journalistes, Francoeur se fera encore plus précis sur la portée de cet article à la fin du processus législatif en

---

33. J. Francoeur, «Le facteur humain», *Le Devoir [de Montréal]* (8 février 1991) A8.

affirmant que l'organisation structurelle et matérielle du système de santé québécois a primauté sur le droit de ses usagers :

«En ce qui a trait aux droits des usagers (...), le projet de loi améliore le processus d'examen des plaintes. Il réaffirme également le droit de choisir l'établissement ou le professionnel duquel on désire recevoir des services. Mais c'est pour apporter à ce droit une forte sourdine : l'article 13 précise qu'il ne pourra s'exercer qu' "en tenant compte des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement ainsi que des ressources humaines, matérielles et financières dont il dispose".»<sup>34</sup>

Ce dégel en faveur des citoyens apparaît bien tardif puisqu'il survient lors de l'été 1991, alors que tout a déjà été pratiquement joué. Pourtant, les divers enjeux qui touchaient de près ou de loin les usagers du système de santé étaient bel et bien présents auparavant : processus d'examen des plaintes, confidentialité du dossier du patient, réduction de l'accessibilité des soins, participation des citoyens aux conseils d'administration des établissements, etc... C'est donc rétrospectivement que les journalistes critiquent le déroulement des discussions entourant l'adoption du projet de loi 120 et les résultats des négociations entre les médecins et les responsables du MSSS. Les propos des journalistes prennent alors toutes les formes du passé et du conditionnel, comme le démontre encore bien l'exemple-type de l'éditorial de Jean Francoeur qui porte sur la participation des citoyens aux divers processus décisionnels dans le système de santé québécois :

«Une véritable réforme aurait mis la hache dans le mythe de la participation et confié tous les sièges du conseil d'administration à des personnes de l'extérieur, aux citoyens et aux citoyens seulement. (...) Les citoyens devront se contenter d'être majoritaires au sein des conseils dont ne seront pas exclus les salariés de l'établissement ni, bien sûr, le médecin, entrepreneur libre.»<sup>35</sup>

---

34. J. Francoeur, «Le trac», *Le Devoir [de Montréal]* (26 août 1991) 12.

35. J. Francoeur, *ibid.*

Que ce soit pour la question de la participation ou pour celle de la confidentialité du dossier du patient,<sup>36</sup> les représentants des médias écrits s'avèrent être beaucoup plus sceptiques quant aux objectifs du projet de loi, une fois celui-ci adopté. Dans ce retour en force du citoyen au fur et à mesure que la future loi 120 prend forme, on peut se demander si les médias écrits n'ont finalement réalisé que très tardivement l'importance de la variable «usager» dans leur discours ou s'ils n'ouvrent tout simplement pas la brèche pour des débats qui resteront à venir, cette nouvelle loi suscitant encore beaucoup d'interrogations après son adoption.

Le constat sévère d'une loi imparfaite et l'ouverture soudaine sur le droit des usagers pourraient laisser croire que les médias ont aussi été emportés par ce qu'ils ont critiqué chez les principaux acteurs de cette réforme de la santé et des services sociaux, à savoir une «démagogie outrancière» qui ne fait que servir les intérêts de ceux qui la privilégient.

En ouvrant à nouveau le débat sur les droits des citoyens, une fois la loi 120 adoptée, les médias écrits préparent le terrain pour d'autres affrontements en s'appuyant cette fois-ci sur ce qui constitue essentiellement son lectorat, la population profane du Québec. En interpellant aussi directement leur public, les médias écrits maintiennent ainsi la tension qui, depuis, ne s'est que très peu relâchée sur le système de santé québécois.

## CONCLUSION

L'étude du rôle des médias écrits dans le processus d'élaboration, de discussion et d'adoption de la loi 120 nous aura permis de cerner comment ceux-ci procèdent dans la sélection du contenu informatif qui tapisse leurs pages. Qui plus est, l'analyse du contenu journalistique nous aura aussi permis de saisir quels sont les groupes sociaux qui ont plus particulièrement droit au chapitre dans les quotidiens québécois.

---

36. Agnès Gruda se fait d'ailleurs l'une des principales critiques du projet à cet égard, notamment dans un virulent éditorial publié à la mi-juin 1991 : Agnès Gruda, «La confidentialité des dossiers médicaux menacée», *La Presse [de Montréal]* (13 juin 1991) B2.

De façon générale, nous pouvons affirmer que les médias écrits accordent de l'importance aux groupes qui :

- sont bien circonscrits (dont on peut tracer les frontières aisément);
- disposent de ressources (humaines et matérielles) importantes;
- possèdent une influence et un pouvoir certain sur l'opinion publique;
- adoptent un discours cohérent et univoque.

Dans cet esprit, il n'est pas étonnant qu'un groupe aussi large que celui des usagers n'ait pas la place qui devrait normalement lui être accordée si l'on se fiait sur des critères purement démographiques. L'utilisateur, ou le citoyen, fait partie d'une catégorie sociale beaucoup trop diffuse pour qu'on puisse la cerner aisément. De plus, cette catégorie n'est pas exclusive. Nous pourrions prendre comme exemple le cas du médecin qui est, tout à la fois, producteur de services mais aussi usager du système, pour illustrer ce que nous avançons. Mais nous pouvons aussi ajouter que la catégorie «usager» est tellement hétérogène qu'on ne peut arriver à dresser un portrait de celle-ci sur la base de quelques variables réduites. À vrai dire, les variables qui permettraient de définir ce groupe social sont infinies : âge, sexe, occupation professionnelle, origine ethnique, lieu d'habitation, habitudes de consommation, degré de sédentarisation, etc... La liste serait longue et, en bout du compte, elle ne ferait que mieux nous informer sur ce que nous démontrons déjà, à savoir que cette multitude de variables finit par refléter la pluralité des intérêts qui sont latents dans ce vaste groupe.

Cette pluralité des intérêts entraîne une difficulté majeure pour ce groupe, celle de la mobilisation des ressources aux fins de la poursuite d'un objectif commun. Face à des intérêts si différents au sein d'un même groupe, les logiques d'action individuelles prennent le pas sur la définition d'un devenir collectif. Dans ce contexte, l'élaboration d'un discours cohérent qui saurait réunir toutes les parties de ce groupe tient d'un héroïsme et d'une témérité toute *don quichottesque*.

Le groupe social «citoyen» n'est en fait qu'un alibi pour laisser croire au caractère démocratique du processus juridique mis à l'oeuvre dans la réforme de la santé et des services sociaux. Nous sommes tous des citoyens; que nous soyons fonctionnaires, plombiers ou médecins, nous inscrivons tous notre expérience personnelle dans le cadre juridique, politique et économique d'un

État moderne. En ce sens, nous pouvons tous nous définir, comme le traduit joliment l'expression populaire, comme des «Monsieur-et-madame-tout-le-monde». De cette appellation, nous pouvons dire qu'elle ne nous permet pas de se hisser au-delà de la société civile et d'acquérir un certain pouvoir ou du prestige social. Il faut aller chercher dans les autres rôles qui nous sont attribués les ferments d'une certaine influence sociale.

C'est des discours et des intérêts liés à ces autres rôles que les médias écrits font leurs choux gras. Toutefois, les journalistes, comme bien d'autres groupes sociaux, ne sont pas exempts des velléités de prestige social. Ils participent à cette quête de pouvoir et se laissent prendre au jeu des luttes d'intérêts. Pour être reconnu comme un joueur aguerri et rusé, le journaliste doit savoir utiliser des variables aussi abstraites et mystérieuses que celle du citoyen. Des variables qui interpellent le plus grand nombre sans qu'on ne puisse vraiment clairement en définir les contours.

Dans le débat qui a entouré le projet de loi 120, les droits du citoyen ont toujours occupé une place dans les divers discours rapportés par les médias écrits québécois. Ce n'est pourtant qu'à la toute fin de ce débat que les journalistes ont accentué leur analyse de ces droits, prenant partie pour ce citoyen si large et si difficilement identifiable, pour enfin annoncer que la discussion ne serait pas close avec l'adoption de ce projet de loi. Ce faisant, ils ont interpellé une majorité de lecteurs qu'ils ont pris pour alliés dans leur quête de pouvoir et de prestige. En tentant de tailler leur place sur cette scène hautement politique, ils ont ravivé de plus belle les luttes d'intérêts qui persistent encore aujourd'hui dans notre système de santé et de services sociaux et dont, il nous semble, nous n'avons pas fini de voir les répercussions.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** ANALYSE COMPARATIVE DE DEUX SYSTÈMES D'ENQUÊTES  
PUBLIQUES : L'AFFAIRE DU SANG CONTAMINÉ (Canada-France)

**Auteur(s) :** Anne-Marie SAVARD, Caroline SIMARD

**Revue :** RDUS, 1997-1998, volume 28, numéro 1-2

**Pages :** 151-213

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12740>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12740>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## **ANALYSE COMPARATIVE DE DEUX SYSTÈMES D'ENQUÊTES PUBLIQUES : L'AFFAIRE DU SANG CONTAMINÉ (Canada-France)**

par Anne-Marie SAVARD\*  
Caroline SIMARD\*\*

*Les auteures se proposent d'aborder l'analyse comparative de deux systèmes d'enquêtes publiques par le biais de l'affaire du sang contaminé au Canada et en France. L'étude se divise en deux parties. La première expose les différents jalons du système d'approvisionnement en sang dans les années 1980, autant les faits marquants que les principaux intervenants. La seconde se concentre sur l'analyse comparative proprement dite. À ce titre, les auteures ont choisi trois objets de comparaison, soit le processus d'enquête, la responsabilité civile et criminelle des acteurs du système ainsi que l'impact de l'enquête. Finalement, en guise de conclusion, elles se demanderont si l'un des systèmes est préférable par rapport à l'autre.*

---

*The writers undertake a comparative study of two types of public inquiry - one pursued in Canada and the other in France - both dealing with the infected blood scandals which occurred in these two countries. This study is divided in two parts, the first describing the various aspects of the blood supply system as it existed in the 1980's, with particular emphasis on certain key events and on the participants. The second part deals with the comparative analysis itself by highlighting three facets, which include the inquiry process, the civil and criminal liability of those involved and the final impact of the inquiries. As a general conclusion, the writers discuss which of the two systems is preferable.*

---

\*. Avocate et étudiante à la maîtrise en droit de la santé à l'Université de Sherbrooke.

\*\*. Avocate et étudiante à la maîtrise en droit de la santé à l'Université de Sherbrooke.



## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b>	157
<b>1. LE SYSTÈME D'APPROVISIONNEMENT EN SANG DANS LES ANNÉES 1980 : CONTEXTE FACTUEL</b>	158
1.1 Faits marquants : Canada et France	158
1.2 Principaux intervenants	166
1.2.1 Canada	166
a) Société canadienne de la Croix-Rouge	166
b) Comité canadien du sang	166
c) Agence canadienne du sang	167
d) Gouvernement fédéral	167
e) Société canadienne d'hémophilie	167
1.2 France	168
a) Comité national de transfusion sanguine	168
b) Centres de transfusion sanguine	168
c) Croix-Rouge française	168
d) Gouvernement	169
e) Association française des hémophiles	169
<b>2. MODE DE RÉOLUTION DE L'AFFAIRE DU SANG CONTAMINÉ : ANALYSE COMPARATIVE</b>	170
2.1 Le processus d'enquête	170
2.1.1 Canada : une enquête publique : la Commission d'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada (Commission Krever)	170
a) Constitution	170
i) Élément déclencheur : le Rapport Wilbee	170
ii) <i>Décret C.P. 1993-1879</i>	171
iii) <i>Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), c.         I-11</i>	172
b) Mandat	173
c) Pouvoirs	173

	i)	Établissement des faits . . . . .	173
	ii)	Rapport . . . . .	175
2.1.2		France : une enquête judiciaire . . . . .	175
	a)	Les tribunaux . . . . .	176
	i)	Tribunal de Grande Instance . . . . .	176
	ii)	Juge d'instruction . . . . .	177
	iii)	Tribunal correctionnel . . . . .	177
	iv)	Cour d'Appel . . . . .	177
	v)	Cour de Cassation . . . . .	178
	b)	Rôle du juge d'instruction dans l'établissement des faits . . . . .	178
	c)	Création de la Cour de justice de la République . . . . .	179
2.2		La responsabilité des principaux acteurs du système d'approvisionnement en sang . . . . .	180
2.2.1		Civile . . . . .	180
	a)	Canada . . . . .	180
	i)	Personnes visées . . . . .	180
	ii)	Fondements . . . . .	180
	iii)	Indemnisation . . . . .	184
	b)	France . . . . .	185
	i)	Personnes visées . . . . .	185
	ii)	Fondements . . . . .	185
	iii)	Indemnisation . . . . .	188
2.2.2		Pénale . . . . .	189
	a)	France . . . . .	189
	i)	Personnes visées . . . . .	189
	ii)	Fondements et décisions des cours de justice . . . . .	190
	b)	Canada . . . . .	193
	i)	Personnes visées . . . . .	194
	ii)	Fondements . . . . .	194
	iii)	Enquête criminelle de la GRC . . . . .	195
2.3		Impact de l'enquête . . . . .	196
2.3.1		Canada . . . . .	196
	a)	Restructuration du système d'approvisionnement en sang . . . . .	196

	i)	Création d'un service national du sang : l'Agence nationale du sang . . . .	197
	ii)	Régime d'indemnisation sans égard à la faute? . . . . .	200
	b)	Institution d'une enquête criminelle (GRC) . . . . .	200
2.3.2	France	. . . . .	201
	a)	<i>Loi du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament</i> . . . . .	201
	i)	Création de l'Agence française du sang . . . . .	201
	ii)	Création de l'Agence du médicament . . . . .	202
	iii)	Création du Comité de sécurité transfusionnelle . . . . .	202
	iv)	Établissements de transfusion sanguine . . . . .	202
	v)	Insertion de dispositions pénales spécifiques . . . . .	203
	b)	Création de la Cour de justice de la République . . . . .	203
<b>CONCLUSION</b> . . . . .			203
<b>ANNEXE 1</b> . . . . .			205
<b>ANNEXE 2</b> . . . . .			206
<b>ANNEXE 3</b> . . . . .			207
<b>ANNEXE 4</b> . . . . .			208
<b>ANNEXE 5</b> . . . . .			209
<b>ANNEXE 6</b> . . . . .			210

(1997-98) 28 R.D.U.S.	<i>Analyse comparative de deux systèmes d'enquêtes publiques : l'affaire du sang contaminé (Canada-France)</i>	155
-----------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	.....	211
----------------------	-------	-----



## INTRODUCTION

Le système d'approvisionnement en sang constitue clairement une partie essentielle du système de santé au Canada comme en France. Or, au début des années 1980, ces deux pays ont connu une catastrophe nationale de santé publique. En effet, les réserves de sang ont été contaminées par deux virus infectieux, soit le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) ainsi que celui de l'hépatite C. Les ravages sont incontestables, le VIH ayant infecté plus de mille personnes et le virus de l'hépatite C des dizaines de milliers de personnes. Plusieurs ont été infectées suite à une transfusion de différents constituants sanguins (globules rouges, plaquettes, plasma) généralement en milieu hospitalier et souvent au cours d'une intervention chirurgicale. D'autres ont plutôt contracté ces virus suite à l'utilisation de concentrés de facteurs (produits sanguins utilisés pour le traitement de l'hémophilie).

Tout au long de cette étude, nous nous intéresserons à l'analyse comparative de deux systèmes d'enquêtes publiques, au Canada et en France, par le biais de l'affaire du sang contaminé. Nous examinerons comment de part et d'autre de l'Atlantique on a résolu, souvent très différemment, une même tragédie.

Cette étude se divise en deux parties. La première, expose les différents jalons du système d'approvisionnement en sang dans les années 1980, autant les faits marquants que les principaux intervenants. La seconde se concentre sur l'analyse comparative proprement dite. À ce titre, nous avons choisi trois objets de comparaison, soit le processus d'enquête, la responsabilité civile et criminelle des acteurs du système ainsi que l'impact de l'enquête. Finalement, en guise de conclusion, nous nous demanderons si l'un des systèmes est préférable par rapport à l'autre.

### 1.1 Faits marquants : Canada et France

	ÉTATS-UNIS	CANADA	FRANCE
<b>Apparition des premiers cas de sida chez les homosexuels</b>	<u>Juin 81</u> : premier cas de sida chez un homosexuel	<u>Mars 82</u> : premier cas de sida chez un homosexuel	<u>Août 81</u> : premier cas de sida chez un homosexuel

<b>Apparition des premiers cas de sida chez la hémophiles</b>	<u>Juillet 82</u> : trois cas de sida chez les hémophiles traités par concentré de Facteur VIII <sup>1</sup>	<u>Août 82</u> : la Croix.-Rouge canadienne [ci après C.-R.] et la Société canadienne de l'hémophilie commencent à surveiller de près l'apparition de cette maladie chez les hémophiles	<u>Mai 83</u> : les autorités sanitaires sont informées du risque posé par le sang et les produits sanguins chez les hémophiles
---------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

---

1. Un des principaux produits sanguins utilisés par la Croix-Rouge pour le traitement de l'hémophilie, fabriqué à partir de vastes «pools» de plasma provenant de plusieurs milliers de donneurs.



<b>Sélection des donneurs</b>	<u>Janvier 83</u> : adoption de mesures de sélection des donneurs <sup>2</sup> par les centres de collecte de sang	<u>Mars et juillet 83</u> : émission de deux communiqués invitant les personnes à risque élevé à s'abstenir de donner du sang	<u>Juin 83</u> : adoption de mesures de sélection de donneurs par les centres de collecte de sang
-------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------

---

2. On vise principalement les homosexuels ainsi que les utilisateurs de seringues.

<b>Chauffage de concentrés sanguins</b>	<u>Mars 83</u> : première compagnie (Hyland-Travenol <sup>3</sup> ) à recevoir l'autorisation de vendre du concentré de Facteur VIII chauffé	<u>Novembre 83</u> : Hyland-Travenol a reçu l'autorisation de vendre du concentré de Facteur VIII chauffé	<u>Mai 83</u> : Hyland-Travenol offre au Centre national de transfusion sanguine (CNTS) de lui vendre des concentrés de Facteur VIII chauffé : refus du CNTS <sup>4</sup>
-----------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

- 
3. Première compagnie américaine de fractionnement à détenir une licence pour la commercialisation du concentré de Facteur VIII.
  4. Les dirigeants du CNTS avaient des doutes quant à l'efficacité du procédé, le trouvaient trop onéreux, souscrivaient également à une politique d'autosuffisance en matière de produits sanguins et enfin, ils prétendaient que l'importation de ces produits des États-Unis était dangereuse étant donné la «nature mercenaire» de la collecte de sang dans ce pays.

<p><b>Chauffage de concentrés sanguins (suite)</b></p>		<p><u>Mai 84</u> : la C.-R. savait qu'en chauffant les concentrés de Facteur VIII, elle éliminait les risques de contamination</p> <p><u>Novembre 84</u> : le Bureau des produits biologiques ordonne à la C.-R. de remplacer le plus tôt possible les concentrés de Facteur VIII non chauffé par des concentrés chauffés</p> <p><u>Décembre 84</u> : conférence de concertation sur les concentrés de Facteur chauffé</p>	<p><u>Avril 85</u> : suite à une conférence internationale sur le sida, mise en oeuvre d'une «stratégie d'urgence»<sup>5</sup> quant à la distribution de concentrés de Facteur VIII chauffé (prévision d'effectivité : juillet 85)</p>
--------------------------------------------------------	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

---

5. Toutefois, le CNTS avait émis une note de service à l'effet que les stocks de produits contaminés devaient être distribués dans leur totalité avant de proposer les produits chauffés de substitution.

<b>Chauffage de concentrés sanguins (suite)</b>		<u>Juillet 85</u> : seuls des concentrés de Facteur VIII chauffé sont distribués <sup>6</sup>	<u>Septembre 85</u> : acquisition des technologies pour le chauffage des produits sanguins  <u>Octobre 85</u> : seuls des concentrés de Facteur chauffé sont distribués <sup>7</sup>
-------------------------------------------------	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

- 
6. On remarque qu'il s'est écoulé quatorze mois entre le moment où le Canada savait (mai 84) et celui où il a pris les mesures qui s'imposaient (juillet 85).
7. On remarque que six mois se sont écoulés entre le moment où la France a eu la certitude de l'efficacité du procédé (avril 85) et celui où elle a pris les mesures qui s'imposaient (octobre 85).

<p><b>Dépistage des anticorps du VIH</b></p>	<p><u>Mars 85</u> : premières trousse de détection des anticorps du VIH disponibles</p> <p><u>Mai 85</u> : presque tous les centres de collecte de sang et de plasma soumettent les dons de sang à des tests de détection des anticorps du VIH</p>	<p><u>Mars 85</u> : le groupe de travail sur les tests de dépistage du VIH recommande à la C.-R. de préparer un plan pour analyser tous les dons de sang afin de déceler la présence des anticorps du VIH</p> <p><u>Mai 85</u> : la C.-R. propose son plan pour procéder au dépistage</p> <p><u>Juillet 85</u> : première réunion fédérale-provinciale sur le sida. Parmi les sujets abordés : instauration par la C.-R. des test de détection des anticorps du VIH</p>	<p><u>Juin 85</u> : annonce du test de dépistage systématique par le premier ministre à l'Assemblée nationale et homologation du test de l'Institut Pasteur<sup>8</sup></p>
----------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

---

8. La France avait délibérément retardé l'homologation d'un test de dépistage américain (test Abbott) afin de conserver le marché, adoptant ainsi une politique de protectionnisme économique.

<b>Dépistage des anticorps du VIH (suite)</b>		<u>Novembre 85</u> : la C.-R. soumet tous les dons de sang à des tests de détection des anticorps du VIH <sup>9</sup>	<u>Août 85</u> : tous les dons de sang sont soumis à des tests de dépistage des anticorps du VIH
-----------------------------------------------	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------

Suite à l'examen de ce tableau, une constatation générale s'impose : autant au Canada qu'en France, on a mis beaucoup de temps à réagir, à adopter des mesures concrètes pour freiner la propagation d'une contamination pour le moins meurtrière. Également, dans les deux cas, les précautions sont survenues tardivement par rapport aux États-Unis. Certes, plusieurs raisons semblent expliquer ce retard, notamment les aspects financiers, le protectionnisme économique, l'incrédulité des différents intervenants face aux nouveaux procédés ainsi que la crainte d'alerter la population.

Nous constatons plus particulièrement que, quoique la France ait répondu de façon plus rapide que le Canada, cette réponse s'est amorcée, en revanche, plus tard.

Voyons maintenant les acteurs ayant joué un rôle déterminant dans le déroulement de ces événements.

---

9. Un délai de huit mois s'est écoulé entre les recommandations de la C.-R. quant au dépistage des anticorps du VIH (mars 85) et la prise de mesures concrètes (novembre 85).

## 1.2 Principaux intervenants

### 1.2.1 Canada

**a) Société canadienne de la Croix-Rouge<sup>10</sup>**  
[ci-après «la Croix-Rouge» ou «la Croix-Rouge canadienne»]

Il s'agit du premier acteur du système canadien de collecte et de distribution du sang pour le public. À ce titre elle coordonne et gère 17 centres régionaux de services transfusionnels. C'est aussi l'organe responsable du recrutement des donneurs, en plus d'être la seule agence autorisée à approvisionner les centres hospitaliers en produits sanguins. En bref, la Croix-Rouge canadienne constitue le pilier du système du sang au Canada.

**b) Comité canadien du sang<sup>11</sup>**

Ce comité a été créé en 1981 et était composé de treize hauts fonctionnaires. Sa mission principale consistait à établir des politiques relatives à tous les aspects du système canadien de collecte et de distribution du sang et de veiller à leur application. Toutefois, il n'avait aucun pouvoir de réglementation et ses décisions devaient être prises à l'unanimité. De plus, le comité était habilité à examiner et à approuver les programmes et budgets de la Croix-Rouge «sous réserve de l'accord des provinces et territoires». <sup>12</sup> En conséquence, nous devons retenir que la Croix-Rouge était dépendante du Comité canadien du sang, lui-même dépendant du gouvernement. Il a été remplacé en 1991 par l'Agence canadienne du sang dont nous traiterons ci-après. Toutefois, il est essentiel de garder en mémoire que c'est le comité qui était en place au moment des faits qui nous intéressent.

---

10. T. Leroux, «Les transfusions sanguines et le VIH : identification des acteurs et des contrôles» (1994-1995) 3 Health Law Review à la p. 4.

11. *Ibid.*

12. Canada, Rapport du Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine / Tragédie et enjeu : La transfusion sanguine au Canada et le VIH, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1993 [ci-après Rapport Wilbee].

**c) Agence canadienne du sang<sup>13</sup>**

Elle possède un mandat semblable à son prédécesseur à la différence importante qu'elle possède une plus grande autonomie financière face au gouvernement, c'est-à-dire qu'elle jouit du pouvoir de dépenser. De plus, les décisions sont désormais prises à la majorité et non à l'unanimité ce qui entraîne un processus décisionnel plus rapide et moins lourd.

**d) Gouvernement fédéral<sup>14</sup>**

Le gouvernement ne fait pas, à proprement parler, directement partie de la structure du système du sang. Par contre, il a comme mandat général celui de promouvoir la santé de la population canadienne. Il intervient également par le biais de la *Loi sur les aliments et drogues*<sup>15</sup> tel que démontré à l'annexe 1. Ainsi, avant 1989, le sang et les constituants sanguins n'étaient assujettis à aucune réglementation, c'est-à-dire que les normes de collecte, d'analyse, de traitement, de conservation et de distribution du sang total et des constituants relevaient exclusivement de la Croix-Rouge, et non du gouvernement.

**e) Société canadienne d'hémophilie<sup>16</sup>**

Cette société a joué un rôle très important en tant que représentante des hémophiles. En effet, la population hémophile est la plus susceptible de recourir aux produits sanguins, tel le concentré de Facteur VIII. À cet égard, elle a participé activement au processus de mise en marché du Facteur VIII chauffé.

---

13. Leroux, *supra* note 10.

14. *Ibid.* aux pp. 4-5.

15. *Loi sur les aliments et les drogues*, 1985, c. F-27.

16. Leroux, *supra* note 10 à la p. 5.



## **1.2 France**

### **a) Comité national de transfusion sanguine<sup>17</sup>** [ci-après CNTS]

Il s'agit d'un organisme sans but lucratif institué en 1975 à titre de «Fondation d'utilité publique». Son principal mandat consiste en la recherche en matière de transfusion sanguine. Le CNTS est également chargé de la diffusion de l'information et en 1982, il a acquis le monopole de l'importation de sang et de produits sanguins. Il est important de noter que bien que ce soit l'organisme français qui se rapproche le plus de la Croix-Rouge canadienne, les fonctions du CNTS, contrairement à cette dernière, sont totalement indépendantes de tout autre comité ou du gouvernement.

### **b) Centres de transfusion sanguine<sup>18</sup>**

Dans les années 1980, on en dénombrait environ 170, la moitié reliés au secteur public, c'est-à-dire affiliés aux hôpitaux et le reste, reliés au secteur privé. Leurs principales fonctions se résumaient à recruter les donneurs (avec la Croix-Rouge française), leur dispenser des examens médicaux, s'occuper de la conservation du sang ainsi que préparer le sang et le plasma liquide. Contrairement aux centres de distribution canadiens qui relèvent directement de la Croix-Rouge, les centres de transfusion sanguine quant à eux n'étaient pas des émanations du CNTS.

### **c) Croix-Rouge française<sup>19</sup>**

Il s'agit d'un organisme exclusivement voué au recrutement des donneurs et qui travaillait parallèlement avec les centres de transfusion sanguine. Il existe donc une différence notable avec la Croix-Rouge canadienne pour laquelle le recrutement de donneurs n'est qu'une fonction parmi d'autres.

---

17. Rapport final de la Commission d'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada, vol. 3, Ottawa, Ministre des travaux publics et services gouvernementaux Canada, 1997 à la p. 923 (Commissaire: H. Krever). [ci-après Rapport Krever vol . 3]

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*

**d) Gouvernement<sup>20</sup>**

Le rôle du gouvernement dans la structure du système d'approvisionnement en sang est illustré par l'annexe 2. La Direction générale de la santé agréait les Centres de transfusion sanguine et était chargée de contrôler la qualité des transfusions. À ce titre, cette Direction était la seule habilitée, avec les ministres, à retirer du marché les produits sanguins dangereux. Quant au Laboratoire national de la santé, il jouait également un rôle dans le contrôle des produits sanguins. Toutefois, il était plus actif sur le plan médical, notamment en ce qui a trait à la surveillance de la propagation du sida.

**e) Association française des hémophiles<sup>21</sup>**

Cette association qui s'apparente à la Société canadienne d'hémophilie, a été fondée en 1955 pour aplanir les difficultés auxquelles les hémophiles étaient confrontés. À cet égard, elle a comme mandat de sensibiliser le public et de contribuer à la recherche médicale. De plus, elle joue un rôle considérable sur la scène nationale dans la défense des intérêts des hémophiles auprès du gouvernement.

Après avoir exposé et comparé les principaux jalons des situations canadienne et française, nous analyserons dans la seconde partie, toujours dans une perspective comparative, le mode de résolution propre à chacun de ces pays.

---

20. *Ibid.* aux pp. 923-924.

21. *Ibid.* à la p. 924.

## **2. MODE DE RÉOLUTION DE L'AFFAIRE DU SANG CONTAMINÉ : ANALYSE COMPARATIVE**

### **2.1 Le processus d'enquête**

Ce premier objet de comparaison se veut une étude de la façon dont le Canada et la France ont respectivement fait la lumière sur la tragédie du sang contaminé. Nous verrons que les deux processus d'enquête sont fort différents, le Canada ayant préféré l'enquête publique et la France empruntant plutôt la voie judiciaire.

#### **2.1.1 Canada : une enquête publique : la Commission d'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada (Commission Krever)**

##### **a) Constitution**

##### **i) Élément déclencheur : le Rapport Wilbee**

Une question préliminaire se pose : qu'est-ce qui a poussé le gouvernement canadien à créer une commission d'enquête publique ? En fait, plusieurs éléments y ont contribué. Au début des années 1990, on a constaté l'ampleur du problème, c'est-à-dire que certaines personnes infectées par le VIH au cours de la décennie précédente avaient contracté le sida, tandis que d'autres étaient décédées. Les victimes ont donc réclamé haut et fort la tenue d'une enquête d'abord sur les événements entourant la contamination des réserves de sang mais aussi sur la sécurité actuelle du système d'approvisionnement en sang.<sup>22</sup> C'est ainsi que le *sous-comité sur des questions de santé* du *Comité permanent de la santé et de bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine* a tenu des audiences de novembre 1992 à avril 1993.<sup>23</sup> Ce dernier a remis un rapport<sup>24</sup> le 13 mai 1993 dans lequel il concluait, de façon

---

22. Rapport final de la Commission d'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada, vol. 1, Ottawa, Ministre des travaux publics et services gouvernementaux Canada, 1997 aux pp. 4-5 (Commissaire: H. Krever). [ci-après Rapport Krever vol . 1]

23. *Ibid.*

24. Rapport Wilbee, *supra* note 12.

dramatique, que le système du sang «n'avait pas réagi aussi rapidement qu'il aurait dû au défi posé par le VIH et le sida».<sup>25</sup>

Mais quelles sont donc les raisons qui expliquent ce retard? Pourquoi le système a-t-il été aussi lent à réagir ? Il semble que le Comité n'ait pas été en mesure de répondre à ces interrogations puisque cela aurait outrepassé son mandat. Plus particulièrement, deux points primordiaux sont restés en suspens, soit l'avènement des techniques de chauffage des produits sanguins ainsi que l'introduction des tests de détection des anticorps du VIH. Le Comité a donc recommandé que soit fait un examen exhaustif du système canadien du sang sous la forme d'une enquête publique.<sup>26</sup> Quatre mois plus tard, soit le 16 septembre 1993, les ministres de la santé fédéral, provinciaux (mis à part celui du Québec) et territoriaux ont donné suite à cette dernière recommandation en demandant officiellement la tenue d'une enquête publique.<sup>27</sup>

## ii) **Décret C.P. 1993-1879**

C'est le 4 octobre 1993 que le Gouvernement du Canada a chargé par décret<sup>28</sup> l'Honorable juge Horace Krever de la Cour d'appel de l'Ontario de faire enquête et rapport sur le système d'approvisionnement en sang. C'est ainsi que fût créée la Commission d'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada, généralement nommée la Commission Krever.

---

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*

27. Rapport Krever vol. 1, *supra* note 22 à la p. 5.

28. *C.P. 1993-1879* adopté en vertu de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), c. I-11.

**iii) Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), c. I-11**

Une commission d'enquête publique canadienne est toujours instituée en vertu de la *Loi sur les enquêtes*.<sup>29</sup> Cette loi prévoit deux types d'enquêtes différents : les enquêtes publiques de la Partie I (article 2) et les enquêtes ministérielles de la Partie II (article 6) :

**Partie I  
Enquêtes publiques**

2. «*Le gouverneur en conseil peut, s'il l'estime utile, faire procéder à une enquête sur toute question touchant le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires publiques*».

**Partie II  
Enquêtes ministérielles**

6. «*Le ministre chargé d'un ministère fédéral peut, avec l'autorisation du gouverneur en conseil, nommer un ou plusieurs commissaires pour faire enquête et rapport sur toute question touchant l'état et l'administration des affaires de son ministère, dans son service interne ou externe, et sur la conduite, en ce qui a trait à ses fonctions officielles, de toute personne y travaillant*».

Il appert clairement que la Commission Krever a été instituée en vertu de la Partie I de cette loi puisqu'elle n'a pas pour but l'examen de la conduite de particuliers, mais bien celui de faire «enquête sur une question touchant le bon gouvernement du Canada», en l'espèce l'affaire du sang contaminé.

À titre d'information, il est intéressant de noter que depuis la Confédération, soit depuis 1867, plus de 350 enquêtes publiques ont été créées en vertu de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*.<sup>30</sup>

---

29. L.R.C. 1985, c. I-11.

30. N. D'Ombrain, «Public Inquiries in Canada» (1997) 40 *Administration publique du Canada* à la p. 87.

**b) Mandat**

Le 22 novembre 1993, soit le premier jour des audiences publiques, le juge Krever a bien circonscrit le mandat que le gouvernement lui avait confié. Voici ce qu'il a déclaré à ce sujet :

*«Selon mon interprétation du mandat de la Commission d'enquête, celle-ci a essentiellement pour objet de déterminer si les réserves de sang au Canada sont aussi sûres que possible et si le système du sang est suffisamment fiable pour éviter qu'une tragédie survienne dans l'avenir. À cette fin, il importe d'établir quels sont les facteurs qui ont entraîné ou favorisé la contamination du système du sang au Canada au début des années 1980.*

*Nous entendons bien aller au fond des choses, que l'on ne s'y trompe pas.»<sup>31</sup> (nous soulignons)*

**c) Pouvoirs**

**i) Établissement des faits**

Il s'agit d'un des principaux pouvoirs que possède le commissaire. On dit souvent que les commissions d'enquête publique sont formées pour découvrir la vérité. Il s'ensuit que le commissaire ne peut qu'établir des conclusions de fait et non de droit, ce qui constitue une nette distinction par rapport au pouvoir judiciaire comme nous le verrons dans le cas de la France à la sous-section 2.1.2. En 1997, la Cour d'appel fédérale, à l'unanimité, a bien établi ce principe à l'effet que la responsabilité civile ou criminelle n'était pas du ressort des commissaires.<sup>32</sup>

Toutefois, à ce sujet, l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* a souvent brouillé les cartes puisqu'il se situe à la frontière de la responsabilité comme telle. Nous croyons utile de le reproduire ici :

---

31. Rapport Krever vol. 1, *supra* note 22 à la p. 9.

32. *Beno c. Canada* (Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie) (1997) 146 D.L.R. 708 aux pp. 716-717.

13. «*La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat.*»  
(nous soulignons)

En l'espèce, cet article s'est retrouvé au cœur d'une polémique puisque le dernier jour des audiences, la Commission Krever a envoyé les préavis en question à plusieurs personnes. Ces préavis portaient que certaines conclusions pourraient être assimilables à l'imputation d'une faute contre elles, ce qui les poussa à demander un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale section de première instance d'abord, puis devant la division d'appel ensuite. Enfin, le jugement fût porté devant la Cour suprême où le plus haut tribunal du pays avait à trancher la principale question litigieuse suivante : le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence par la nature et l'étendue de ses allégations de faute exposés dans les préavis?<sup>33</sup> À l'unanimité, la Cour suprême a décidé que le commissaire n'avait pas outrepassé sa compétence et a ajouté ceci :

*«De plus, même si bon nombre de préavis ne sont pas loin d'alléguer tous les éléments nécessaires de la responsabilité civile, aucun ne paraît excéder la compétence du Commissaire.»<sup>34</sup>*

Il appert donc que l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* octroie une marge de manœuvre considérable au commissaire sans toutefois, faut-il le rappeler, lui permettre d'imputer quelque responsabilité que ce soit.

Dans le même ordre d'idées, les règles de procédure propres aux commissions d'enquête publique donnent également une liberté au commissaire dans l'accomplissement de sa tâche. À cet effet, le *Décret C.P. 1993-1879* l'habilitait à adopter les méthodes et procédures qui lui apparaîtraient les plus indiquées pour la conduite de l'enquête.<sup>35</sup> Le commissaire a donc consulté les

---

33. *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada*, 26 septembre 1997 C.S.C., 25810, 11.

34. *Ibid.* à la p. 21.

35. *Ibid.* à la p. 6.

parties avant le début des audiences et a adopté des règles de procédure et de pratique que l'on retrouve à l'Annexe C du Rapport Krever.<sup>36</sup> Ces règles de procédure sont moins contraignantes que celles régissant les tribunaux judiciaires, comme c'est le cas en France, point sur lequel nous reviendrons. L'annexe 3 de la présente étude illustre de façon concise les principales règles dont il s'agit.

## ii) **Rapport**

Faire rapport constitue le second pouvoir du commissaire. À cet égard, il peut y inclure l'imputation d'une faute en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* comme nous l'avons vu précédemment. Est-il utile de rappeler que les conclusions à ce sujet n'auront aucune conséquence légale, ne seront pas exécutoires et ne lieront pas les tribunaux appelés à statuer éventuellement sur le même objet.<sup>37</sup> Enfin, le rapport doit aussi et surtout inclure les recommandations quant aux mesures à prendre pour un sujet particulier, dans le cas qui nous occupe pour assurer l'efficacité et l'efficience futures du système d'approvisionnement en sang au Canada.

Comme nous l'avons établi au cours des dernières pages, l'institution d'une commission d'enquête publique avec toutes les caractéristiques qu'elle comporte demeure le moyen privilégié au Canada comme mode de résolution d'une catastrophe nationale, telle l'affaire du sang contaminé. Ci-après, nous examinerons le cas de la France, qui elle procède par la voie judiciaire.

### 2.1.2 **France : une enquête judiciaire**

Les dessous de l'affaire du sang contaminé ont été dévoilés au public français en avril 1991, suite à la publication dans un journal d'une série d'articles déclarant que le CNTS avait pris la décision de laisser sur le marché des produits sanguins qu'il savait contaminés, alors qu'il aurait eu la possibilité de les remplacer. D'ailleurs, cette révélation a précipité la démission du directeur du CNTS, le Docteur Michel Garretta.

---

36. Rapport Krever vol. 3, *supra* note 17 à la p. 1245.

37. *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada, supra note 33 aux pp. 13 et 18.*



Peu après, le gouvernement français a chargé l'Inspecteur général des affaires sociales de se renseigner davantage sur la question. Ce dernier a soumis son rapport<sup>38</sup> au gouvernement en septembre 1991. À peine un mois plus tard, des accusations criminelles étaient déposées contre de hauts fonctionnaires, comme nous le verrons à la sous-section 2.2.2.

Étant donné qu'en France les enquêtes publiques se réalisent par la voie judiciaire, il est essentiel de broser un tableau général des institutions juridictionnelles françaises.

#### **a) Les tribunaux**

L'annexe 4 fait état des différentes instances juridictionnelles et nous jugeons primordial d'y référer le lecteur avant même d'élaborer plus amplement sur chacune de celles qui nous intéressent en particulier, soit le Tribunal de Grande Instance, le Juge d'instruction, le Tribunal correctionnel, la Cour d'Appel et la Cour de Cassation.

##### **i) Tribunal de Grande Instance<sup>39</sup>**

Il constitue la juridiction civile de droit commun. Siégeant en principe à trois juges, il a une compétence exclusive sur des matières comme le divorce, la filiation, la propriété immobilière pour ne citer que celles-là. Aussi, possède-t-il une compétence résiduelle sur tout ce qui n'est pas attribué exclusivement à une autre juridiction.

Nous pouvons incontestablement le comparer à la Cour supérieure du Québec qui est le tribunal de droit commun dans cette province, mais à certaines différences près.

##### **ii) Juge d'instruction<sup>40</sup>**

---

38. Rapport Krever vol. 3, *supra* note 17 à la p. 925.

39. J.-J. Taisne, *Institutions judiciaires*, Paris, Les Éditions Dalloz, 1990 à la p. 15.

40. *Ibid.* à la p. 27.

Situé au premier degré des juridictions répressives, le juge d'instruction est désigné, par décret du Président de la République, parmi les juges du Tribunal de Grande Instance. Pour tous les «crimes» en droit pénal, la saisine du juge d'instruction est obligatoire. Toutefois, celle-ci est facultative en présence d'un acte qualifié de «délit» ou de «contravention». Son homologue québécois est indubitablement le juge qui préside à l'enquête préliminaire. Nous analyserons plus précisément le rôle du juge d'instruction au paragraphe b) de la présente sous-section.

**iii) Tribunal correctionnel<sup>41</sup>**

C'est l'émanation pénale du Tribunal de Grande Instance : même personnel, même siège, même ressort et même structure. Sa compétence est exclusivement réservée aux délits.

**iv) Cour d'Appel<sup>42</sup>**

Il s'agit du deuxième degré de juridiction. Les juges y siégeant statuent à nouveau sur l'ensemble du litige autant sur les points de fait que sur les points de droit, à la différence de la Cour d'appel du Québec qui ne juge, quant à elle, que sur les points de droit.

**v) Cour de Cassation<sup>43</sup>**

N'étant pas un troisième ordre de juridiction, contrairement à la Cour suprême du Canada, son rôle premier est de préserver la légalité. À cette fin, elle juge du droit et non des faits. Nous la comparons à la Cour supérieure en matière d'évocation qui n'exerce qu'un contrôle de légalité et non d'opportunité.

Parmi toutes ces instances juridictionnelles, une se démarque particulièrement et joue un rôle de premier plan dans l'établissement des faits : le juge d'instruction.

---

41. *Ibid.* à la p. 29.

42. *Ibid.* à la p. 35.

43. *Ibid.* à la p. 36.

**b) Rôle du juge d'instruction dans l'établissement des faits**

En comparant avec le processus d'enquête publique au Canada, c'est le juge d'instruction qui s'apparente le plus au commissaire puisque c'est de lui que relève principalement la découverte des faits. À ce titre, il possède différents pouvoirs, comme celui de descendre sur les lieux, de procéder à des interrogatoires, des saisies et des expertises. Il peut également confier sa mission d'investigation à des officiers de police judiciaire par le biais des commissions rogatoires. Enfin, il peut décerner différents mandats, tels ceux de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt.<sup>44</sup> Toutefois, contrairement à une commission d'enquête, le juge d'instruction devra s'en remettre à des règles de preuve et de procédure beaucoup plus strictes et contraignantes, notamment celles contenues au Code de procédure civile ainsi qu'au Code de procédure pénale.

En marge de ces tribunaux, la France a créé, au début des années 1990 une nouvelle entité pour juger de la responsabilité pénale des hauts fonctionnaires.

**c) Création de la Cour de justice de la République**

Suite aux événements que l'on connaît, la ministre de la Santé de l'époque, Madame Georgina Dufoix avait déclaré publiquement qu'en tant que ministre, elle pouvait être «responsable mais pas coupable»,<sup>45</sup> ce qui a suscité on s'en doute, un tollé de protestations.

C'est ainsi qu'en juillet 1993, l'Assemblée nationale a modifié la Constitution du pays non seulement pour permettre de porter des accusations contre les ministres actuels et anciens, mais également pour créer un tribunal expressément à cette fin : la Cour de justice de la République.

Cette cour est composée de quinze (15) juges, c'est-à-dire «douze parlementaires élus, en leur sein et en nombre égal par l'Assemblée nationale

---

44. *Ibid.* à la p. 27.

45. Rapport Krever vol. 3, *supra* note 17 à la p. 954.

et par le Sénat [...] et trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la Cour de justice de la République.»<sup>46</sup>

Désormais, c'est l'article 68-1 de la *Loi constitutionnelle 93-952 du 27 juillet 1993*<sup>47</sup> qui encadre donc la conduite pénale des ministres dans l'exercice de leurs fonctions. Cette disposition se lit comme suit :

68-1. «*Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis [...].*»

Grâce à ce nouvel article enchâssé dans la Constitution, les ministres français se retrouvent au plan pénal sur un pied d'égalité avec les citoyens. À cet égard, il peut être fort intéressant d'analyser la responsabilité tant civile que pénale qui a été ou aurait pu être engagée à l'issue de l'affaire du sang contaminé au Canada et en France.

## **2.2 La responsabilité des principaux acteurs du système d'approvisionnement en sang**

Ce deuxième objet de comparaison se veut une analyse des principales règles, et dans certains cas de leur application concrète, de la responsabilité. Bien qu'au Canada le gouvernement ait fait appel à une commission d'enquête publique dans l'affaire du sang contaminé, cela n'empêche pas les victimes de recourir aux tribunaux pour obtenir réparation d'un dommage, sous réserve toutefois d'une éventuelle indemnisation étatique.<sup>48</sup> Dans le cadre de ce travail, nous avons choisi de traiter exclusivement de la responsabilité des centres de transfusion sanguine et de l'État, laissant la voie libre à d'autres pour un examen comparatif, entre le Canada et la France, de celle des donneurs, des établissements de soins (centres hospitaliers ou cliniques), des médecins et du personnel infirmier, si tant est qu'elle peut être établie.

---

46. *Loi n° 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958*, J.O., 28 juillet 1993, art. 68-2.

47. *Ibid.* art. 68-1.

48. Voir *infra* par. a) iii).

### 2.2.1 Civile

#### a) Canada

##### i) Personnes visées

Au Canada, les personnes visées sont d'abord les centres de transfusion sanguine, incarnés par la Croix-Rouge et ensuite l'État, personnifié par les gouvernements fédéral et provinciaux.<sup>49</sup>

##### ii) Fondements

C'est la Common law, pour les provinces anglo-saxonnes et le droit civil pour le Québec, qui régissent les principes de la responsabilité civile. Pour les fins du travail, nous en traiterons conjointement puisqu'ils sont appliqués de la même façon dans l'affaire du sang contaminé. Il y a donc nécessité d'établir une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux. Notons que les relations entre les parties sont extra-contractuelles, en l'absence d'un contrat unissant les victimes et la Croix-Rouge ou l'État.

#### • Croix-Rouge canadienne

Éliminons à prime abord le dommage qui est incontestable au vu et au su des victimes. Seul le *quantum* pourrait à ce sujet donner lieu à des contestations plus vives devant les tribunaux. La faute, quant à elle constituera soit un manquement à une obligation générale de sécurité,<sup>50</sup> soit un défaut de respecter l'obligation statutaire de qualité et de sécurité imposée par la *Loi sur les aliments et drogues*.<sup>51</sup>

En premier lieu, la faute dans l'obligation générale de sécurité se traduit par l'insuffisance d'informations transmises aux donneurs et aux receveurs ainsi

---

49. Ces intervenants sont définis en détail à la sous-section 1.2.1, par. a).

50. Cette obligation tire sa source au Québec des art. 1457 et 1469 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, tandis qu'en Common law, c'est plutôt la jurisprudence qui consacre cette obligation tel que nous le verrons.

51. *Supra* note 15.

que par le retard dans l'instauration des techniques de chauffage de produits sanguins et des tests de dépistage.<sup>52</sup>

D'abord, l'information transmise par les centres de transfusion sanguine doit permettre d'éliminer à la base le recrutement des donneurs à risque, c'est-à-dire ceux présentant des risques de transmission de maladies infectieuses. À cet égard, une victime pourrait poursuivre la Croix-Rouge en alléguant une faute concernant ce devoir. Également, on pourrait lui reprocher un manquement dans le suivi des receveurs après distribution du sang ou des produits sanguins. La décision *Pittman Estate c. Bain*<sup>53</sup> constitue une bonne illustration de ce cas. Les faits de cette affaire sont simples. En novembre 1984, M. Pittman a reçu du sang contaminé au cours d'une chirurgie cardiaque. Un an plus tard, la Croix-Rouge découvre qu'à cette date une ou plusieurs unités de sang auraient été contaminées, sans toutefois savoir laquelle. Ce n'est qu'en juin 1987, qu'elle parvient à retracer la destination de l'unité contaminée, soit au centre hospitalier où M. Pittman avait été opéré. Puis, en février 1989, la Croix-Rouge apprend que le receveur était M. Pittman, mais elle tarda à en informer tant le médecin que le patient, dans l'ignorance depuis maintenant cinq ans. M. Pittman est décédé en 1990 des suites de la transfusion du sang contaminé. Une action fût introduite par les héritiers cette même année. La Cour a décidé que la Croix-Rouge avait manqué de diligence dans son obligation d'information envers le receveur, en l'espèce M. Pittman, et l'a déclarée responsable dans une proportion de 30% (le médecin, dans une proportion de 40% et le centre hospitalier 30%, sur des fondements sur lesquels nous ne nous attardons pas ici).

Enfin, toujours dans l'obligation générale de sécurité, le retard indû dans l'instauration des techniques de chauffage de produits sanguins et des tests de dépistage constitue également une source potentielle de faute de la part de la Croix-Rouge canadienne.

En second lieu, le défaut de respecter l'obligation statutaire de qualité et de sécurité imposée par la *Loi sur les aliments et drogues* pourrait également entraîner la responsabilité de la Croix-Rouge. En effet, celle-ci est assujettie à

---

52. L.-N. Fortin, «La responsabilité des différents intervenants de la transmission du VIH par transfusion sanguine» (1995) 2 R.E.J. aux pp. 233-243.

53. (1994), 112 D.L.R., 257 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

cette loi par le biais du *Règlement sur les aliments et drogues*<sup>54</sup> puisqu'elle est assimilée à un fabricant et à un distributeur de sang. L'obligation de qualité et de sécurité se manifeste à travers différents mécanismes prévus dans la législation, notamment les contrôles de la fabrication et de la qualité du produit à l'intérieur de l'usine, le pouvoir d'inspection de la Direction générale de la protection de la santé,<sup>55</sup> la procédure de retrait des produits du marché, les exigences quant à la façon de tenir les collectes de sang<sup>56</sup> ainsi que l'obligation de procéder au dépistage de certaines maladies ou virus lorsqu'un test pour ce faire est disponible sur le marché.<sup>57</sup>

Quant au lien de causalité, il demeure très difficile à établir même en présence d'une faute prouvée, pour deux raisons principales : d'abord, les résultats des tests de dépistage souffrent d'une imprécision quant au moment de la contamination. En effet, il existe une période d'incubation variant de six (6) à douze (12) semaines avant laquelle le VIH ne peut être décelé, il s'agit de la fameuse «période fenêtre».<sup>58</sup> Ensuite, les habitudes de vie des victimes peuvent briser le lien de causalité puisque celles-ci sont susceptibles d'être exposées à d'autres sources de contamination, par exemple l'utilisation de seringues ou la pluralité de partenaires sexuels.

### • L'État

Les règles de la responsabilité civile s'appliquent à l'État de la même façon qu'à la Croix-Rouge, c'est-à-dire la nécessité d'établir la faute, le dommage et le lien de causalité. En effet, autant le gouvernement fédéral<sup>59</sup> que provincial<sup>60</sup> sont assimilés à une personne physique, majeure et capable. Toutefois, une mise en garde importante s'impose. Depuis les principes dégagés par la Cour suprême en 1989 dans l'arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport*

---

54. C.R.C., c. 870, art. C.04.001.

55. *Supra* note 15 art. 22 et suivants.

56. *Supra* note 54 art. C.04.230.

57. M. Giroux, «La contamination des produits sanguins par le VIH : de l'action en responsabilité vers une souhaitable responsabilisation», (1994-1995) 3 *Health Law Review* à la p. 9.

58. Fortin, *supra* note 52 à la p. 226.

59. *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, L.R.C. (1985), c. C-50, art. 3(1).

60. Cette règle est consacrée dans le cas du Québec à l'art. 1376 *Code civil du Québec*.

(Ville),<sup>61</sup> le gouvernement ne peut être tenu responsable que pour ses décisions opérationnelles et non ses décisions politiques. À titre d'illustration, l'affectation des ressources disponibles ne pourraient entraîner sa responsabilité puisqu'il s'agit d'une décision politique. Par contre, les délais importants quant à la mise en place des mesures imposant le chauffage des produits sanguins font appel à une décision opérationnelle. Ces délais pourraient donc être considérés comme une violation par l'État, via le Bureau des produits biologiques, de ses obligations légales.<sup>62</sup>

En résumé, le gouvernement devra, le cas échéant, indemniser une victime pour l'acte dommageable imputable à une faute de l'un de ses préposés, ceux-ci étant également responsables personnellement de leurs propres fautes. Toutefois, s'il s'avère qu'il n'existe pas de lien de préposition entre l'agent et le gouvernement, ce qui est le cas des ministres, la victime ne bénéficiera que d'un recours direct contre cette personne.<sup>63</sup>

En ce qui concerne le lien de causalité, il est tout aussi difficile à établir contre l'État qu'il ne l'est contre la Croix-Rouge et ce, pour les mêmes raisons.<sup>64</sup>

Les principes que nous venons d'établir concernant la responsabilité de l'État demeurent cependant quelque peu théoriques dans l'affaire du sang contaminé. En effet, cela est dû au fait que les gouvernements fédéral et provinciaux ont instauré au début des années 1990 des régimes d'indemnisation pour les victimes et leurs familles en échange d'une renonciation de leur part à tout recours civil. Dans le prochain sous-paragraphe, nous verrons exactement de quoi il en retourne.

### iii) Indemnisation

Suite à la présentation d'un rapport, en août 1988, par la Société canadienne de l'hémophilie au ministre fédéral de la Santé, le gouvernement

---

61. [1989] 1 R.C.S. 705.

62. P.A. Molinari, «Notes sur la responsabilité délictuelle de l'État fédéral dans la distribution des produits sanguins au Canada», (1994-1995) 3 Health Law Review aux pp. 17-18.

63. Fortin, *supra* note 52 à la p. 278.

64. Voir *supra* sous-section 2.2.1, par. a).



canadien a institué en 1989 un fonds d'aide à titre gracieux, aux personnes ayant contracté le VIH après avoir reçu des constituants ou des produits sanguins. Cependant, nous devons souligner que cette aide a été accordée sans admission aucune de responsabilité et que les victimes qui souhaitaient en bénéficier devaient renoncer à toute action civile contre le gouvernement. Les paiements, sous forme de quatre (4) versements égaux annuels, s'élevaient en tout à une somme de 120 000 dollars non imposables.<sup>65</sup>

Parallèlement à ce régime d'indemnisation fédéral, le Québec a adopté le même type de régime, sauf que dans ce cas, la renonciation au recours en responsabilité était plus étendue puisqu'elle visait le gouvernement, la Société canadienne de la Croix-Rouge, l'Agence canadienne du sang, les centres hospitaliers, les médecins et leurs assureurs. Quant au Québec, l'indemnité accordée à la personne infectée s'élève à trente mille (30 000) dollars par année, à vie, avec un don de vingt mille (20 000) dollars à la signature.<sup>66</sup>

Même si, comme nous le verrons ci-après, les règles de la responsabilité civile en France sont semblables à celles que nous venons d'élaborer pour le Canada et le Québec (dans ce dernier cas, cela va de soi puisque le Code civil québécois découle du Code Napoléon), nous constaterons que le fardeau pour la victime semble cependant plus allégé.

## **b) France**

### **i) Personnes visées**

Il s'agit en France du Centre national de transfusion sanguine (CNTS), des centres de transfusion locaux privés et publics ainsi que de l'État.<sup>67</sup>

---

65. Rapport Krever vol. 3, *supra* note 17 aux pp. 1170-1171.

66. *Ibid.* à la p. 1172.

67. Ces intervenants sont définis en détail à la sous-section 1.2.1, par. b).

## ii) **Fondements**

Comme nous l'avons vu au Canada concernant les principes de responsabilité civile, il s'agira également en France d'établir juridiquement la faute, le dommage et le lien de causalité.

- **Centre national de transfusion sanguine et centres de transfusion locaux privés**

Encore une fois il n'y a pas lieu de s'attarder ici au dommage, celui-ci étant indiscutable. La faute, quant à elle, demeurerait un aspect problématique en France. En effet, la victime avait de la difficulté à porter un recours direct contre le CNTS ou les centres de transfusion privés, par ailleurs fautifs, puisqu'il n'existait aucun lien contractuel avec ceux-ci. Ainsi, les tribunaux judiciaires ont imaginé une astuce juridique afin de permettre à la victime de bénéficier de la garantie contre les vices cachés<sup>68</sup> que lui offre le régime contractuel. Cela est désormais possible par le biais d'une stipulation pour autrui incluse au contrat unissant le centre de distribution et la clinique où la victime a reçu la transfusion.<sup>69</sup> Nous constatons donc une différence majeure avec le Canada (y compris le Québec) où le débat judiciaire se déroule dans le domaine extra-contractuel.

Que contient donc cette garantie contre les vices cachés pour être aussi intéressante pour la victime? En fait, elle prévoit que le fabricant doit livrer un sang sûr, sain et exempt de vices. De plus, la jurisprudence a consacré à cet égard une obligation de résultat incombant au fabricant ou au fournisseur. Par conséquent, la seule preuve du vice de la chose vendue fera office de faute.<sup>70</sup>

---

68. *Code civil*, art. 1641 et suivants.

69. Fortin, *supra* note 52 aux pp. 224-225.

70. *Ibid.*

En marge de cette garantie contre les vices cachés, un courant jurisprudentiel plus récent<sup>71</sup> se fonde sur l'obligation de sécurité<sup>72</sup> pesant sur le fabricant du produit sanguin, assimilable à celle que l'on retrouve au Canada,<sup>73</sup> pour tenir le CNTS ou les centres de transfusion sanguine responsables.

Quant au lien de causalité, nous référons le lecteur aux remarques faites antérieurement pour le Canada<sup>74</sup> puisqu'on retrouve les mêmes difficultés à l'établir en France. Ajoutons cependant que toujours par souci d'alléger le fardeau de la victime, le droit français a instauré une présomption d'imputation de la contamination concernant la période litigieuse, soit à partir de 1980 et, pour les produits chauffés utilisés par les hémophiles jusqu'en octobre 1985. On se rappellera que c'est à partir de cette date que seuls des concentrés de facteur chauffé étaient distribués.

- **Centres de transfusion locaux publics**

Ces centres sont affiliés aux hôpitaux au sein desquels ils sont situés.<sup>75</sup> Ainsi, la victime contaminée dans un hôpital public aura un recours direct contre le centre de transfusion, contrairement à ce qu'on vient de voir dans le cas des centres de transfusion privés.<sup>76</sup>

- **L'État**

Comme au Canada, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable susceptible d'encourir une responsabilité civile pour les actes dommageables qu'il pose. De la même façon également, sa responsabilité est engagée par le biais de ses préposés, notamment, le Directeur général de la santé

---

71. J.M. De Forges, «Sida : responsabilité et indemnisation des préjudices résultant de contamination par transfusion sanguine», (1992) 28 *Revue de droit sanitaire et social* à la p. 561.

72. D'ailleurs, la CE, Directive 85/374 du 25 juillet 1985, portant sur la responsabilité du fabricant d'un produit défectueux a souligné l'importance de cette obligation de sécurité..

73. Voir *supra* sous-section 2.2.1, par. a), sous-par. ii).

74. *Ibid.*

75. Voir *supra* sous-section 1.2.2, par. b).

76. Fortin, *supra* note 52 à la p. 224.

qui avait la tutelle des centres de transfusion sanguine pendant les années litigieuses.

Encore une fois le dommage ne pose aucune difficulté. Nous retenons deux fautes principales contre l'État, d'abord, de ne pas avoir pris les mesures réglementaires nécessaires pour éviter la contamination lors des transfusions d'abord, et ensuite de ne pas avoir correctement exercé son contrôle sur les organismes compétents en matière de transfusion sanguine.<sup>77</sup> À titre d'illustration, le 16 juin 1992, la Cour administrative d'appel de Paris<sup>78</sup> a conclu à la faute lourde de l'État français à savoir la carence dans l'activité normale de police et de tutelle sur la production et la distribution de produits sanguins.

Enfin, pour ce qui est du lien de causalité, les remarques précédemment faites à ce sujet s'appliquent *mutatis mutandis* à l'État.

En plus de la possibilité pour les victimes d'entreprendre un recours en responsabilité civile contre l'État français, elles peuvent bénéficier d'une aide financière à titre d'indemnisation étatique. Il s'agit ici d'une différence fondamentale avec le Canada où le cumul des deux recours est interdit.

### iii) Indemnisation

À partir de 1989, l'État a dû faire face à de fortes pressions de la part des associations d'hémophiles. On a également assisté à une multiplication des recours en responsabilité contre celui-ci. Ce sont ces raisons qui ont incité le gouvernement à réagir, d'abord par la création, en juillet 1989, de deux fonds d'indemnisation, un public et un privé.<sup>79</sup> Toutefois, ces fonds se sont avérés incomplets puisqu'ils demeuraient exclusivement réservés aux hémophiles et que les montants accordés étaient insuffisants.<sup>80</sup> Par conséquent, les associations d'hémophiles se sont mobilisées afin de réclamer de la part du gouvernement un programme d'indemnisation plus global. C'est ainsi que le 31 décembre 1991,

---

77. Fortin, *supra* note 52 aux pp. 270-271.

78. Paris, 16 juin 1992, D. 1992, I.R., 204.

79. S. Durfort, «La procédure légale d'indemnisation des victimes» dans B. Feuillet-Le Mintier, *Le Sida : aspects juridiques*, Paris, CRJO, 1995, 111.

80. *Ibid.* à la p. 112.

l'Assemblée nationale a adopté une loi prévoyant la création d'un Fonds d'indemnisation pour les personnes infectées par suite de l'utilisation du sang ou des produits sanguins avant le 1<sup>er</sup> janvier 1990.<sup>81</sup>

Ce Fonds, qui constitue une véritable institution,<sup>82</sup> a remplacé les deux précédents et prévoit l'octroi de paiements forfaitaires selon l'âge de la victime, sa situation familiale et le nombre de personnes à sa charge. Le Fonds fixe également un plafond individuel global de deux millions (2 000 000) de francs, soit l'équivalent d'environ quatre cent quarante mille (440 000) dollars canadiens, payables en quatre versements exempts d'impôt.<sup>83</sup>

Nous ne pouvons que constater que quoique les montants diffèrent quelque peu d'un pays à l'autre, les gouvernements canadiens et français ont néanmoins réagi de la même façon aux pressions exercées par les victimes. Enfin, comme nous l'avons établi en abordant la question de l'indemnisation, les personnes infectées en France pourront cumuler une demande d'indemnisation étatique et un recours en responsabilité civile, ceci étant strictement interdit au Canada.

En plus d'une telle responsabilité civile, nous verrons dans la sous-section suivante que les différents acteurs du système d'approvisionnement en sang au Canada et en France ne sont pas à l'abri d'une éventuelle condamnation pénale. Étant donné qu'en France cette dimension a été effectivement appliquée, nous débiterons par celle-ci pour ensuite démontrer comment les règles de la responsabilité pénale pourraient être transposées au Canada.

---

81. *Ibid.* à la p. 113.

82. Pour une étude détaillée des différents mécanismes prévus par le Fonds, nous référons le lecteur à l'excellent article de Madame Sylvie Durfort, *supra* note 79.

83. Rapport Krever vol. 3, *supra* note 17 à la p. 957.

## **2.2.2 Pénale**

### **a) France**

#### **i) Personnes visées**

Sur le plan pénal, il s'agit des hauts fonctionnaires de la santé publique soit les docteurs Garretta et Allain, le professeur Roux ainsi que le docteur Netter. Il s'agit également de l'État, incarné par trois ministres, Laurent Fabius, Edmond Hervé et Georgina Dufoix. À ce stade-ci, il convient de référer à nouveau le lecteur à l'annexe 5, afin de voir les fonctions exercées par elles au moment des faits tragiques.

#### **ii) Fondements et décisions des cours de justice**

Avant 1993, il n'existait pas de dispositions pénales spécifiques qui auraient pu servir de fondements juridiques pour l'inculpation des personnes fautives, contrairement à la situation actuelle comme nous aurons l'occasion de le constater à la sous-section 2.3.2.

- **Individus à titre personnel : les hauts fonctionnaires de la santé publique**

Concernant ces personnes, nous analyserons leur responsabilité pénale respective par le biais des procès qui ont eu lieu contre elles.

Une première décision a été rendue le 23 octobre 1992 par le Tribunal de Grande Instance de Paris,<sup>84</sup> dans laquelle les docteurs Garretta et Allain ont été accusés et déclarés coupables de l'infraction de tromperie en vertu de la *Loi du 1<sup>er</sup> août 1905*, devenu depuis l'article 213-1 du nouveau *Code de la consommation*. Ils furent condamnés pour avoir trompé les acheteurs de Facteur VIII sur les risques inhérents aux produits achetés.<sup>85</sup> À ce sujet, le tribunal a affirmé ceci :

*«Le caractère volontaire des agissements des Docteurs Garretta et Allain, leur intention de tromper des victimes est suffisamment démontrée par l'enquête publique.»<sup>86</sup>*

Le docteur Garretta a écopé de quatre ans d'emprisonnement pour cette infraction. Quant au docteur Allain, sa peine d'emprisonnement a été la même, mais avec deux ans de sursis.

Le professeur Roux et le docteur Netter, quant à eux ont été inculpés de l'infraction de non-assistance à personne en danger en vertu de l'article 63 de l'ancien *Code pénal*, devenu l'article 223-6 du nouveau *Code pénal*. Le professeur Roux a été déclaré coupable de cette infraction puisque la preuve a démontré qu'il était au fait de l'ampleur de la contamination des concentrés de facteur VIII provenant du CNTS ainsi que des risques encourus par les

---

84. *Le Procureur de la République et Garetta et al.*, Tribunal de Grande instance de Paris, 16<sup>ème</sup> chambre, 23 octobre 1992.

85. M.-A., Hermitte, *Le sang et le droit, essai sur la transfusion sanguine*, Paris, Éditions du Seuil, 1996 à la p. 374.

86. *Supra* note 84.

hémophiles.<sup>87</sup> À cet égard, il a été condamné à quatre ans d'emprisonnement avec sursis. Le docteur Netter a été acquitté de ces accusations en raison des efforts déployés pour avertir ses supérieurs.<sup>88</sup>

Cette décision du 23 octobre 1992 a été portée devant la Cour d'Appel de Paris en juillet 1993.<sup>89</sup> Le jugement a été confirmé sur le fond, mais la Cour a modifié les peines.<sup>90</sup>

La Cour de Cassation a été saisie du dossier le 22 juin 1994.<sup>91</sup> Faut-il rappeler que cette cour n'est pas une juridiction d'appel proprement dite, son rôle ne consistant qu'à juger de la légalité. En l'espèce, elle a confirmé les jugements antérieurs, mais a subtilement laissé la voie libre, dans le dispositif, à des accusations distinctes d'empoisonnement :

*«Attendu [...] qu'étant saisis de la prévention de tromperie dont ils ont à bon droit déclaré Axxxx coupable, ils (les tribunaux antérieurs) ne pouvaient, sans ajouter à cette prévention, retenir une qualification criminelle d'empoisonnement comportant des éléments constitutifs distincts, au regard notamment de l'intention coupable essentiellement différente, et qui serait susceptible de poursuites séparées;»* (les parenthèses et soulignés sont de nous)

Cette affirmation a eu des répercussions juridiques majeures. En effet, peu après, soit le 7 août 1994, les docteurs Garretta et Allain ont été mis en examen relativement à d'éventuelles accusations d'empoisonnement en vertu de l'article 301 du *Code pénal* qui se lit comme suit :

301. *«Est qualifié d'empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne, par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou*

---

87. Rapport Krever vol. 3, *supra* note 17 aux pp. 951-952.

88. *Ibid.* à la p. 952.

89. *Garretta et al. et le Procureur de la République*, Cour d'appel de Paris, 13<sup>ème</sup> chambre, 13 juillet 1993.

90. Les peines d'emprisonnement des docteurs Garretta et Allain sont demeurées les mêmes, mais celle du professeur Roux a été réduite à trois ans. Par contre le docteur Netter qui avait été acquitté en première instance s'est vu imposé une peine d'emprisonnement d'un an avec sursis.

91. Cour de cassation, chambre criminelle, 22 juin 1994, pourvoi 93-83.900.



*moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été  
employées ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites.»*

Toutefois, on ignore toujours quelle sera l'issue de cet examen puisqu'il y a actuellement un débat d'auteurs au sujet de l'interprétation de l'élément moral requis pour cette infraction.<sup>92</sup> En effet, la question qui se pose est à savoir si l'article 301 du *Code pénal* requiert l'intention spécifique ou générale de tuer. Seul l'avenir nous le dira puisqu'à ce jour, aucun tribunal n'a tranché la question de façon définitive. Nous devons souligner que si cette option était ouverte, les inculpés seraient passibles d'une peine d'emprisonnement à perpétuité.

- **État : les trois ministres**

Au cours du procès contre ces quatre hauts fonctionnaires, plusieurs questions ont été soulevées concernant le rôle du gouvernement dans toute l'affaire du sang contaminé. Plus particulièrement, il a été question que le gouvernement français aurait retardé inutilement l'instauration des tests de dépistage afin de protéger les intérêts économiques de la France.<sup>93</sup> C'est de cette façon que la population en est venue à demander que justice soit faite et que les coupables tombent. Comme nous l'avons vu précédemment, l'Assemblée nationale a par la suite modifié la Constitution pour permettre, entre autres, le dépôt d'accusations criminelles contre des ministres.

C'est en janvier 1994 que cette nouvelle voie judiciaire a été mise en application par le dépôt d'accusations d'empoisonnement en vertu de l'article 301 du *Code pénal* contre les ministres Fabius, Hervé et Dufoix. De plus, au printemps 1995, on a élargi la portée de l'enquête pour y inclure certains conseillers ministériels et fonctionnaires de la santé ayant joué un rôle dans les décisions relatives à la mise en œuvre des tests de dépistage. En mars 1997, le Procureur général de la Cour de justice de la République a terminé son enquête sur la conduite des trois ministres. À l'étonnement de tous, il recommandait dans son rapport que les accusations soient retirées au motif d'insuffisance de

---

92. Pour un résumé de ce débat d'auteurs, consulter M.-A., Hermitte, *supra* note 85 aux pp. 403-405.

93. *Supra* note 9.

preuve. Toutefois, à l'heure actuelle (avril 1998), cette Cour a annoncé qu'elle avait en main de nouveaux éléments et a affirmé devoir les examiner avant de rendre une décision sur cette recommandation.<sup>94</sup> Il s'agit d'un développement à suivre.

Contrairement à la France où les dispositions pénales générales ont été appliquées, il en va autrement pour le Canada. En effet, dans ce pays, aucune plainte criminelle n'a été déposée à ce jour contre les différents acteurs du système d'approvisionnement en sang. Ainsi, on ne peut que spéculer sur les dispositions applicables à d'éventuelles accusations, en se basant surtout sur les règles que nous venons d'élaborer pour la France.

**b) Canada**

**i) Personnes visées**

Hypothétiquement, on pense autant aux particuliers, par exemple les dirigeants de la Croix-Rouge, qu'aux ministres concernés de l'époque.

**ii) Fondements**

D'abord, mentionnons qu'on ne retrouve aucune disposition au *Code criminel*<sup>95</sup> assimilable à l'infraction de tromperie du *Code de la consommation* français, non plus qu'à celle de non-assistance à personne en danger du *Code pénal* français. Quant à celle d'empoisonnement prévue à l'article 301 du *Code pénal*, nous pensons que l'article 245 a) du *Code criminel* concernant l'administration de substances délétères, pourrait lui être comparable. Cet article se lit comme suit :

245. «*Quiconque administre ou fait administrer à une personne, ou fait en sorte qu'une personne prenne, un poison ou une autre substance destructive ou délétère, est coupable d'un acte criminel et passible :*

---

94. Rapport vol. 3, *supra* note 17 aux pp. 954-955.

95. L.R.C. (1985), c. C-46.

- a) *d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, s'il a l'intention, par là, de mettre la vie de cette personne en danger ou de lui causer des lésions corporelles ;»*

Alors que pour cette infraction criminelle, la peine maximale en France est l'emprisonnement à perpétuité, comme nous l'avons souligné précédemment, elle est plutôt de quatorze ans au Canada.

Fait intéressant également, il existe un débat similaire à celui qui a lieu en France concernant l'intention requise pour commettre l'infraction. Toutefois, s'il s'avérait qu'il faille prouver une intention spécifique à l'opposé d'une intention générale, on peut douter de l'application de cet article aux personnes visées dans l'affaire du sang contaminé. En effet, il demeure très improbable qu'elles aient eu l'intention spécifique de mettre la vie de personnes en danger.

Selon nous, une seconde avenue pourrait s'offrir aux victimes désirant porter des accusations criminelles contre les responsables. Il s'agit de l'article 219 du *Code criminel* ayant trait à la négligence criminelle. Nous jugeons utile de le reproduire.

219. *«(1) Est coupable de négligence criminelle quiconque :*

- a) *soit en faisant quelque chose ;*  
b) *soit en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,*  
*montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.*

*(2) Pour l'application du présent article, "devoir" désigne une obligation imposée par la loi.» (nous soulignons)*

À la lecture de cet article, nous croyons que le retard dans l'instauration des techniques de chauffage de produits sanguins et des tests de dépistage constituerait certes, entre autres, une infraction criminelle.

Les hypothèses juridiques que nous avons élaborées se concrétiseront peut-être prochainement puisque, suite à la parution du rapport de la

Commission d'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada (rapport Krever), à la fin de l'année 1997, la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) a entrepris un examen approfondi de ce rapport dans l'éventualité d'un dépôt d'accusations criminelles.

### **iii) Enquête criminelle de la GRC**

C'est en février 1998 que la GRC a mis en branle une enquête criminelle formelle sur la base des faits révélés dans le rapport Krever. Elle passera en revue tous les événements relatifs à l'affaire du sang contaminé, notamment le système de distribution du sang et des produits sanguins ainsi que le processus décisionnel, qui ont eu lieu entre 1983 et 1987. Par la suite, elle décidera s'il y a matière à porter des accusations criminelles, le cas échéant, elle transmettra un bref au Procureur général. Enfin, il est important de noter que les enquêteurs ont une grande latitude dans le dépôt d'accusations, c'est-à-dire qu'ils peuvent cibler autant les ministres que quiconque.

L'institution d'une telle enquête criminelle au Canada constitue clairement l'exemple d'une des répercussions de l'enquête publique qu'a menée la Commission Krever. Il y en a eu d'autres, et elles feront l'objet de la prochaine section.

## **2.3 Impact de l'enquête**

Ce troisième objet de comparaison se veut un regard sur les différents impacts entraînés par le processus d'enquête au Canada comme en France. En les comparant, peut-être concluons-nous que l'un a opéré davantage de changements substantifs que l'autre.

### **2.3.1 Canada**

Au Canada, les principales conséquences se divisent en deux catégories sur lesquelles nous jugeons important de nous attarder plus attentivement dans le cadre d'un travail comparatif comme celui-ci. Il s'agit d'abord de la restructuration du système d'approvisionnement en sang et ensuite, de l'institution d'une enquête criminelle par la Gendarmerie Royale du Canada.

**a) Restructuration du système d'approvisionnement en sang**

D'entrée de jeu, nous devons rappeler au lecteur qu'étant donné que le rapport Krever est très récent, nous ne sommes pas encore en mesure de relater les répercussions qu'il a entraînées. Nous ne pouvons que nous baser sur les recommandations qu'il contient pour anticiper les changements possibles. À ce titre, deux points majeurs en ressortent clairement, la création d'un service national du sang, en l'occurrence la Régie nationale du sang et l'instauration d'un éventuel régime d'indemnisation sans égard à la faute.

**i) Création d'un service national du sang : l'Agence nationale du sang**

● **Remarques préliminaires**

En 1995, l'Honorable juge Krever a soumis un rapport provisoire dans lequel on faisait déjà état des nombreuses lacunes que comportait le système d'approvisionnement en sang. C'est suite à ce rapport que le ministre fédéral de la santé et ses homologues provinciaux ont entrepris des discussions afin de remédier à ces lacunes et ont mis sur pied un groupe de travail à cet effet. Donc, parallèlement à l'enquête se dessinait également une réforme de ce système.<sup>96</sup>

Le groupe de travail en question a évalué trois options principales, mais a privilégié celle concernant la création d'une nouvelle agence indépendante dont le financement serait centralisé et qui serait responsable de tous les principaux aspects du système d'approvisionnement en sang. Il a ainsi écarté d'emblée la Croix-Rouge de son plan d'action. Le 10 septembre 1996, il a donc annoncé la création de l'«Agence nationale du sang». Toutefois, au moment de la rédaction de ces lignes, elle n'était toujours pas entrée en fonction.<sup>97</sup>

Quant au Québec, il a décidé de gérer seul son système du sang afin de l'intégrer au réseau de la santé et des services sociaux.<sup>98</sup> D'ailleurs, au printemps 1998, le ministre de la Santé, Jean Rochon, a annoncé officiellement

---

96. Rapport Krever vol. 3, *supra* note 17 aux pp. 1162-1163.

97. *Ibid.* aux pp. 1164-1167.

98. *Ibid.* à la p. 1163.

que ce nouveau système serait opérationnel en septembre 1998. On apprenait également qu'il portera le nom de «Héma-Québec», «héma» étant la racine grecque du mot sang. Ses fonctions seront indépendantes du système canadien d'approvisionnement en sang, mais le réseau québécois se conformera aux normes du Bureau des produits biologiques et radiopharmaceutiques. Enfin, il gardera un lien avec les services canadiens du sang pour échanger les informations et s'ajuster à des pénuries possibles.<sup>99</sup>

Après avoir fait ces remarques préliminaires, étudions les recommandations du rapport Krever sur le sujet.

### ● **Recommandations**

Comme nous venons de le voir, le rapport Krever recommande que le Canada se dote d'un système national pour la collecte et la distribution du sang et des produits sanguins et qu'il assume à ce titre les fonctions principales.<sup>100</sup> On note plusieurs avantages à un tel système. En effet, il permettra l'instauration de normes nationales qui conduiront à la garantie de produits de qualité uniforme. Également, il entraînera, pour les différentes régions, un accès égal aux produits. Par exemple, si une pénurie se produit dans une région en particulier, on n'aurait qu'à augmenter les dons dans une autre région afin de combler le manque. En bref, comme le souligne le juge Krever, *«le service national du sang doit permettre de recueillir du sang là où il y en a et de le distribuer là où sont les besoins.»*<sup>101</sup>

Dans ce rapport, on suggère également d'appliquer des principes de transparence et d'accessibilité dans l'exploitation du système.<sup>102</sup> En effet, le juge Krever soutient que présentement, la manque de confiance de la population à l'égard du système du sang n'est pas exclusivement relié aux événements passés, mais dépend aussi de l'absence de participation des citoyens dans ce système. Mais comment regagner cette confiance? On propose d'abord de leur octroyer une place dans le processus décisionnel, mais aussi et surtout de

---

99. D. Charrette, «Héma quoi?», *Le Soleil [de Québec]* (2 avril 1998) B-6.

100. Il s'agit de la recommandation n°3.

101. Rapport Krever vol. 3, *supra* note 17 à la p. 1193.

102. Recommandation n° 6.

dévoiler, en détail et aussitôt qu'ils sont connus, les risques inhérents aux constituants et produits sanguins, principe qui n'a pas toujours été appliqué dans le passé.

Ensuite, l'indépendance du nouvel exploitant du système constitue un principe directeur selon le juge Krever.<sup>103</sup> Il trouve impératif que cet exploitant soit en mesure de prendre des décisions qui n'obéissent qu'aux intérêts du système. À ce sujet, il convient de citer ses propos :

*«L'exploitant doit être suffisamment indépendant des décideurs pour ne pas être obligé de prendre des décisions qui sont incompatibles avec la sûreté des réserves de sang ou l'efficacité du système d'approvisionnement en sang.»<sup>104</sup>*

Il n'est pas difficile d'imaginer ce à quoi il fait référence...

De plus, le juge Krever n'a pas passé sous silence les aspects financiers du nouveau système. Il a innové en recommandant que le service national du sang soit financé au moyen de frais payés par les hôpitaux pour les constituants et les produits sanguins que le service leur fournit.<sup>105</sup> Toujours en faisant référence aux événements récents, il a rappelé que la véritable sécurité à l'intérieur du système du sang passe par le pouvoir de contrôle du service sur son propre budget.<sup>106</sup> À ce sujet, faut-il rappeler que lors des faits troublants des années 1980, l'élément d'indépendance était totalement absent puisque la Croix-Rouge était alors dépendante du Comité canadien du sang, lui-même dépendant du gouvernement.<sup>107</sup>

Enfin, notons une dernière recommandation prévue au rapport Krever, soit celle proposant que le service national du sang soit géré tant par un personnel administratif que médical.<sup>108</sup>

---

103. Recommandation n° 7.

104. Rapport Krever vol. 3, *supra* note 17 à la p. 1196.

105. Il s'agit de la recommandation n° 15.

106. Rapport Krever vol. 3, *supra* note 17 à la p. 1200.

107. Voir *supra* sous-section 1.2.1, par. b).

108. Recommandation n° 18.

En résumé, sur ce premier aspect, le juge Krever propose un nouveau service national du sang pleinement intégré avec la sûreté comme principe absolu. Les recommandations à ce sujet devraient se concrétiser par la création de l'Agence nationale du sang en septembre 1998. Lorsque complètement réalisé, il s'agira incontestablement du plus grand impact produit par le rapport Krever.

**ii) Régime d'indemnisation sans égard à la faute?**

Il ressort également du rapport Krever une recommandation importante, celle-ci est d'ailleurs sa première recommandation. Elle est formulée ainsi :

*1. «Il est recommandé que les provinces et les territoires prennent, sans délai, des dispositions législatives pour instaurer des régimes d'indemnisation sans égard à la faute, dont bénéficieront les personnes qui ont subi de graves préjudices à la suite de l'administration de constituants sanguins ou de produits sanguins.»*

Bien que cette proposition soit fort attrayante et certainement justifiée dans les circonstances, il n'en demeure pas moins qu'on peut entretenir des doutes quant à sa réalisation puisqu'on connaît toute la polémique entourant les régimes d'indemnisation étatiques.

**b) Institution d'une enquête criminelle (GRC)**

Il s'agit d'un autre impact du rapport Krever, sur lequel nous ne revenons pas.<sup>109</sup> Cette enquête donnera peut-être lieu, on le sait, à des condamnations criminelles, ce qui sera une nouvelle répercussion majeure du rapport. Nous serons certainement en mesure de le constater dans les prochains mois.

Comme nous venons de le voir, le Canada est en voie de restructurer fondamentalement son système d'approvisionnement en sang. La France, quant à elle, a déjà procédé à cette restructuration. Nous étudierons dans la prochaine section de quoi il en retourne.

---

109. Nous avons abordé cet aspect à la sous-section 2.2.2, par.b), sous-par. iii).



### 2.3.2 France

Suite aux événements que l'on connaît, le gouvernement français a adopté une série de lois, décrets et arrêtés,<sup>110</sup> d'abord pour encadrer toutes les pratiques reliées aux transfusions sanguines, mais également pour transformer le système d'approvisionnement en sang.<sup>111</sup> À ce titre, nous croyons opportun de nous attarder sur les deux principales lois adoptées suite au dénouement de l'affaire du sang contaminé en France et qui constituent les impacts majeurs. Il s'agit de la *Loi du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament*, sans contredit la plus importante, ainsi que la *Loi constitutionnelle portant révision de la constitution*.

#### a) *Loi du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament*<sup>112</sup>

Cette loi prévoit la création de nouvelles entités destinées à contrôler la sécurité et la qualité des constituants et des produits sanguins.

#### i) **Création de l'Agence française du sang**

Il s'agit d'un établissement public de l'État sous la tutelle du ministre de la Santé chargé de la régulation du service public de transfusion sanguine prévu au *Code de la santé publique*.<sup>113</sup> Il est composé de plusieurs personnes, la moitié représentant l'État, et l'autre moitié, les praticiens.<sup>114</sup>

---

110. *Décret n° 93-312 du 9 mars 1993 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Agence française du sang ; Décret n° 94-365 du 10 mai 1994 relatif à l'Agence française du sang et aux organismes agréés en qualité d'établissements de transfusion sanguine modifiant le code de la santé publique ; Décret n° 94-1008 du 22 novembre 1994 relatif aux conditions d'agrément des établissements de transfusion sanguine modifiant le code de la santé publique ; Arrêté du 20 juillet 1995, Relatif à la composition et au fonctionnement de la commission chargée de l'évaluation et de la validation des produits sanguins labiles.*

111. Nous référons le lecteur à l'annexe 6 où il trouvera un diagramme de la nouvelle structure gouvernementale de ce système.

112. *Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament.*

113. Art. 666 à 677.

114. *Décret n° 94-365 du 10 mai 1994, supra note 110, art.2.*

Son rôle consiste en plusieurs fonctions, c'est-à-dire agréer les établissements de transfusion sanguine, définir et veiller à l'application de la politique transfusionnelle en France, contrôler la sécurité des produits sanguins et donner des avis à l'État sur l'organisation du système de transfusion sanguine.<sup>115</sup> Il est intéressant de la comparer à l'Agence nationale du sang au Canada prévue pour septembre 1998.

## **ii) Création de l'Agence du médicament**

Cette agence, de moindre importance que la précédente, ressemble beaucoup à notre Direction des médicaments relevant de la Direction générale de la santé.<sup>116</sup> En effet, elle exerce un contrôle industriel et biologique sur les produits sanguins.<sup>117</sup>

## **iii) Création du Comité de sécurité transfusionnelle**

Ce comité est chargé d'évaluer les conditions dans lesquelles est assurée la sécurité transfusionnelle et de proposer toute mesure utile destinée à l'améliorer. Relevant du ministre de la Santé, il devra également l'avertir de toutes les questions d'ordre médical ou scientifique qui peuvent avoir une incidence sur l'activité transfusionnelle.<sup>118</sup>

## **iv) Établissements de transfusion sanguine**

Ils ont remplacé les centres de transfusion sanguine et gèrent la collecte, la préparation et la distribution des produits sanguins. Ils doivent être agréés par l'Agence française du sang de qui ils relèvent directement.<sup>119</sup> Nous les comparons aux centres de distribution de la Croix-Rouge canadienne qui ont, ni plus ni moins, les mêmes fonctions.

---

115. *Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993, supra note 112, art. 3, modifiant l'art. L 667-5 du Code de la Santé publique.*

116. Voir annexe 1.

117. *Loi n° 93-5 du 4 janvier 1993, supra note 112, art. 1, modifiant l'art. L. 567-2 du Code de la Santé publique.*

118. *Ibid.* art. 3 modifiant l'art. 667-2 du *Code de la Santé publique*.

119. *Ibid.* art. 4, modifiant l'art. L. 668-1 du *Code de la Santé publique*.

**v) Insertion de dispositions pénales spécifiques**

Comme nous l'avons établi précédemment, il n'existait pas de dispositions pénales spécifiques reliées aux événements de l'affaire du sang contaminé avant 1993. En effet, on ne pouvait alors que se servir de dispositions générales contenues au *Code pénal* français. La *Loi du 4 janvier 1993* ajoute à ces dernières des dispositions précises. Par exemple, on condamne le «fait d'utiliser sciemment ou de distribuer des produits sanguins sans qu'il ait été procédé aux analyses biologiques et aux tests de dépistage de maladies transmissibles»<sup>120</sup> et on prévoit une peine d'emprisonnement de deux ans ainsi qu'une amende de cinq cent mille (500 000) francs pour cette infraction. Il est important de noter qu'étant donné que les infractions contenues à cette loi ne sont pas exhaustives, le *Code pénal* trouve encore application. Le Canada ira-t-il jusque là?

**b) Création de la Cour de justice de la République**

Il s'agit d'un impact majeur qui a fait suite au processus d'enquête, en l'occurrence le procès, sur lequel nous ne revenons pas.<sup>121</sup> Les mois à venir nous feront voir comment cette nouvelle institution, dont on ne retrouve soit dit en passant aucune équivalence au Canada, composera avec le rôle peu commun qui lui est attribué.

**CONCLUSION**

À la lumière des comparaisons dont nous avons fait état tout au long de cette étude, nous demeurons persuadées que le système français, contrairement au système canadien, a réagi beaucoup plus rapidement et de façon plus drastique aux faits tragiques de l'affaire du sang contaminé dans les années 1980. C'est ce dernier aspect, soit les répercussions du processus d'enquête, qui est susceptible de déterminer, à notre avis, si l'un des systèmes est préférable par rapport à l'autre.

---

120. *Ibid.* art. 7, modifiant l'art. L. 671-4 du *Code de la Santé publique*.

121. Nous avons abordé cet aspect à la sous-section 2.1.2, par. c).

Bien qu'il soit difficile pour l'instant de nous prononcer à ce sujet concernant le Canada pour les raisons déjà évoquées, nous ne pouvons passer sous silence un fait majeur. En effet, alors que la Commission d'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada a été instituée le 4 octobre 1993, à pareille date, le Tribunal correctionnel en France avait déjà condamné trois hauts fonctionnaires à des peines d'emprisonnement.

En terminant, nous souhaitons laisser le lecteur sur un élément de réflexion particulier. En regard du mode de résolution propre à la France dans l'affaire du sang contaminé et sur la base de l'héritage laissé dans la plupart des cas par les enquêtes publiques canadiennes, jusqu'où le Canada ira-t-il, quant à lui, dans sa démarche timidement entreprise pour régler cette tragédie humaine ?

## ANNEXE 1

<b>MINISTÈRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL</b>
-------------------------------------------------------------------

Direction générale de la protection de la santé  
(Sous-ministre adjoint)

Plusieurs directions : **médicaments** ; aliments ; hygiène du milieu ;  
Laboratoire de la lutte contre la maladie ; opérations  
régionales.

### Direction des médicaments

Bureau de la qualité des médicaments  
Bureau des drogues dangereuses  
Bureau de la recherche sur les médicaments  
Bureau des médicaments vétérinaires  
Bureau des médicaments humains prescrits

#### **Bureau des produits biologiques**

Les fonctions réglementaires du Bureau sont réparties en trois divisions :

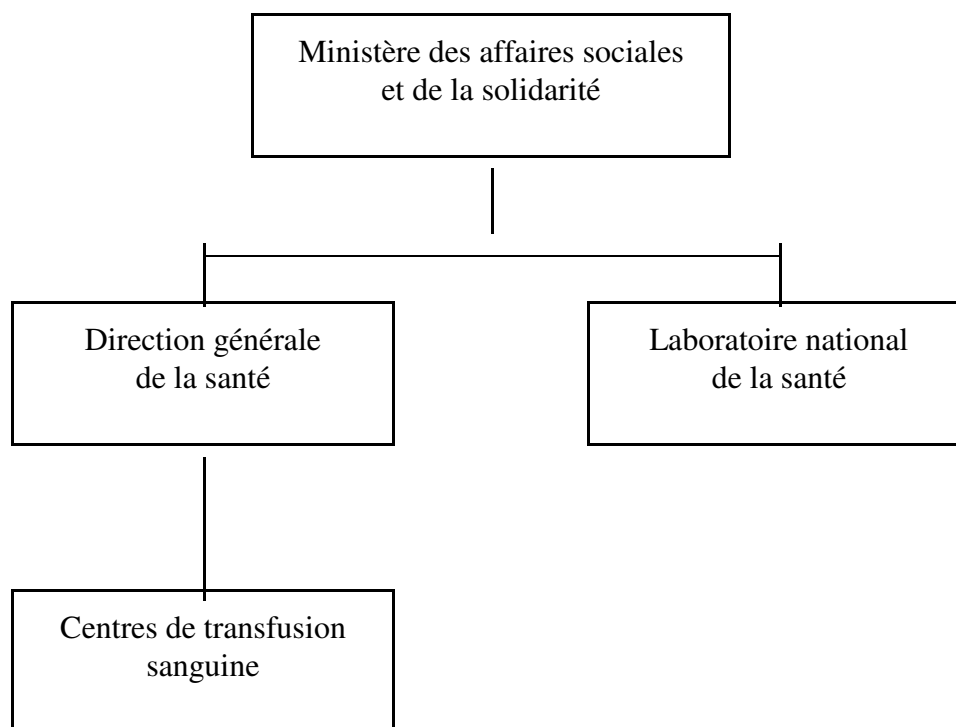
---- produits bactériens

---- produits viraux

---- **produits sanguins** : les médicaments réglementés sont ceux de  
l'annexe D de la *Loi sur les aliments et drogues*.  
Les produits sanguins, tels les concentrés de  
Facteur VIII, ont toujours fait partie de cette  
annexe. Toutefois, le «sang» n'a été ajouté à  
cette annexe qu'en 1989.

## ANNEXE 2

### Structure gouvernementale du système d'approvisionnement en sang avant 1993 (France)



### ANNEXE 3

#### **Règles de pratique et de procédure de la Commission d'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada**

**Principe :** les règles de preuve et de procédure sont considérablement moins contraignantes dans le cas d'une commission d'enquête que dans le cas d'une cour de justice.

#### **Règles régissant les témoignages**

7. Les avocats de la Commission peuvent poser des questions tant suggestives que non suggestives, selon ce qu'ils estiment nécessaire, le tout étant sujet, dans tous les cas, à la discrétion du Commissaire.
12. La Commission peut admettre toute preuve qui pourrait être jugée inadmissible par une cour de justice. L'admissibilité de la preuve ne sera pas déterminée d'après les règles strictes de la preuve. Cependant, le Commissaire tiendra compte des dangers de la recevabilité d'une preuve inadmissible et de son incidence sur la réputation des personnes.

#### **Confidentialité**

19. Le Commissaire s'engage à tenir des audiences publiques se réservant le droit d'ordonner le huis clos ou de protéger de toute autre façon le caractère confidentiel des informations, si une demande lui est présentée en ce sens.

## ANNEXE 4

### Les institutions juridictionnelles françaises

#### I. LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE JUDICIAIRE

##### 1. Les juridictions de première instance

- A. Les juridictions civiles
  - **Le tribunal de grande instance**
  - Le tribunal d'instance
- B. Les juridictions pénales
  - a) La juridiction d'instruction
    - **Le juge d'instruction**
  - b) Les juridictions de jugement
    - La cour d'assises
    - **Le tribunal correctionnel**
    - Le tribunal de police

##### 2. Les juridictions supérieures

- **La cour d'appel**
- **La cour de cassation**

#### II. LES JURIDICTIONS DE L'ORDRE ADMINISTRATIF

##### 1. La juridiction supérieure

- Le Conseil d'État

##### 2. Les juridictions subordonnées au Conseil d'État

- Les tribunaux administratifs
- Les cours administratives d'appel



## ANNEXE 5

### Responsabilité pénale – France

- Personnes visées

- I- Individus à titre personnel : hauts fonctionnaires de la santé publique

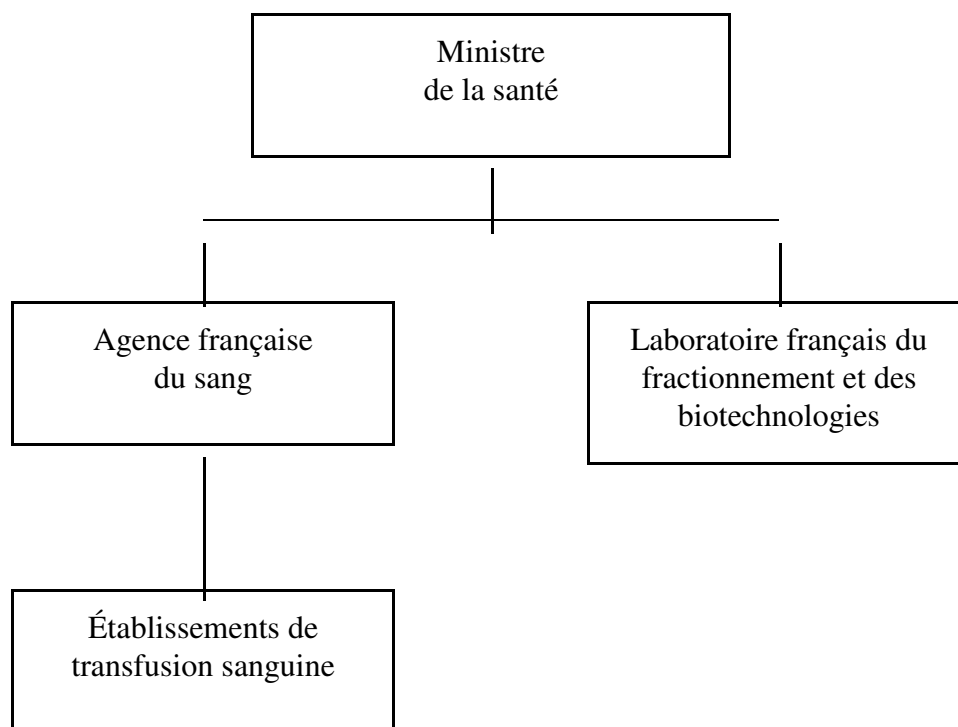
- Dr Michel Garretta : Directeur du Centre national de transfusion sanguine (CNTS)
    - Dr Jean-Pierre Allain : médecin exerçant, Directeur de la recherche et sous-directeur du CNTS
    - Professeur Jacques Roux : Directeur général de la santé
    - Dr Robert Netter : Directeur du Laboratoire national de la santé

- II- État : trois ministres

- Laurent Fabius : ancien premier ministre
    - Edmond Hervé : ancien ministre de la Santé
    - Georgina Dufoix : ancienne ministre des Affaires sociales

## ANNEXE 6

### Structure gouvernementale du système d'approvisionnement en sang après 1993 (France)



## BIBLIOGRAPHIE

### Législation

#### Québec :

*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64

#### Canada :

*Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U., c. 11)]  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46  
*Décret C.P.* 1993-1879  
*Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), c. F-27  
*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), c. I-11  
*Loi sur le ministère de la Santé*, 1996, c.8, H-3.2  
*Loi sur la responsabilité de la Couronne*, L.R.C. (1985), c. C-50  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., c. 870

#### France :

*Code civil*  
*Code de la consommation*  
*Code pénal*  
*Code de la Santé publique*  
*Directive européenne du 25 juillet 1985, 85/374/CEE*  
*Loi 93-5 du 4 janvier 1993, Relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament*  
*Décret 93-312 du 9 mars 1993, Relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Agence française du sang*  
*Loi Constitutionnelle 93-952 du 27 juillet 1993, Portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958*, (J.O. 28 juillet 1993)

*Décret 94-365 du 10 mai 1994, Relatif à l'Agence française du sang et aux organismes agréés en qualité d'établissements de transfusion sanguine modifiant le code de la santé publique*

*Décret 94-1008 du 22 novembre 1994, Relatif aux conditions d'agrément des établissements de transfusion sanguine modifiant le code de la santé publique*

*Arrêté du 20 juillet 1995, Relatif à la composition et au fonctionnement de la commission chargée de l'évaluation et de la validation des produits sanguins labiles*

## **Jurisprudence**

### **Canada :**

*Beno c. Canada (Commission d'enquête sur le développement des Forces Armées canadiennes en Somalie, (1997) 146 D.L.R., (4<sup>th</sup>) 708*

*Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada, 26 septembre 1997, C.S.C., 25810*

*Pittman et al. c. Bain, (1994) 112 D.L.R., 257 (Division générale de la Cour d'Ontario)*

### **France :**

*Cour administrative d'appel de Paris, 16 juin 1992, D. 1992, I.R., 204*

*Cour de Cassation, chambre criminelle, 22 juin 1994, pourvoi 93-83.900*

*Garretta et al. et le Procureur de la République, Cour d'appel de Paris, 13<sup>ème</sup> chambre, 13 juillet 1993*

*Le Procureur de la République et Garretta et al., Tribunal de Grande Instance de Paris, 16<sup>ème</sup> chambre, 23 octobre 1992.*

## **Doctrine**

### **Études et rapports**

COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'APPROVISIONNEMENT EN SANG AU CANADA, Rapport final, Ottawa, 1997, Vol. 1,2,3, 1284 p.  
COMITÉ PERMANENT DE LA SANTÉ ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, DES AFFAIRES SOCIALES, DU TROISIÈME ÂGE ET DE LA CONDITION FÉMININE : *Tragédie et enjeu : La transfusion sanguine au Canada et le VIH*, Rapport, Ottawa, 1993 (Rapport Wilbee)

### **Monographies et recueils**

DADOUR, F., *Le phénomène du SIDA et le droit criminel : impacts et enjeux*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, 235 p.  
DURFORT, S., «La procédure légale d'indemnisation des victimes», dans B. FEUILLET-LE MINTIER, *Le Sida : aspects juridiques*, Paris, CRJO, 1995, 270 p.  
FOYER,, J. et L. KHAÏAT, *Droit et SIDA : comparaison internationale*, Paris, CNRS Éditions, 482 p.  
HERMITTE, M.-A., *Le sang et le droit*, essai sur la transfusion sanguine, Paris, Éditions du Seuil, 1996, 477 p.  
TAISNE, J.-J., *Institutions judiciaires*, Paris, Les Éditions Dalloz, 1990, 156 p.

### **Articles de revue**

BOURGEAULT, G. et L. CARON, «Les scandales du sang contaminé ou l'éthique de la responsabilité mise à l'épreuve - à rude épreuve», (1994-1995) 3 *Health Law Review*, 25  
DE FORGES, J.M., «Sida : responsabilité et indemnisation des préjudices résultant de contamination par transfusion sanguine», (1992) 28 *Revue de droit sanitaire et social*, 555  
DELMAS SAINT-HILAIRE, J.-P., «La mort : la grande absente de la décision rendue dans l'affaire du sang contaminé par le Tribunal correctionnel de Paris», *Gazette du Palais*, 9 mai 1993, 257

- D'OMBRAIN, N., «Public Inquiries in Canada», (1997) 40 *Administration publique du Canada*, 86
- FORTIN, L.-N., «La responsabilité des différents intervenants de la transmission du VIH par transfusion sanguine», (1995) 2 *R.E.J.*, 215
- GIROUX, M., «La contamination des produits sanguins par le VIH : de l'action en responsabilité vers une souhaitable responsabilisation», (1994-1995) 3 *Health Law Review*, 8
- LAMBERT-FAIVRE, Y., «L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du Sida : hier, aujourd'hui et demain», (1993) 92 *Revue trimestrielle de droit civil*, 1
- LEROUX, T., «Les transfusions sanguines et le VIH : identification des acteurs et des contrôles», (1994-1995) 3 *Health Law Review*, 3
- LUCAS, A.R., «Public Inquiries : a green light for the Krever commission», (1996) 39 *Administrative Law report* (2d) 291
- MOLINARI, P.A., «Notes sur la responsabilité délictuelle de l'État fédéral dans la distribution des produits sanguins au Canada», (1994-1995) 3 *Health Law Review*, 15
- SHORE, J.J.M. et M. VARDY, «The government's duty to provide financial assistance to persons infected with HIV through blood transfusions and blood products», (1989) 10 *Health Law in Canada*, 183

### **Articles de journaux et communiqués**

- «L'argent et le laxisme», *Le Devoir*, 28 novembre 1997
- «La Croix-Rouge accueille favorablement les recommandations du juge Krever», *Bulletin des services transfusionnels*, septembre 1997
- «Le groupe de travail de la GRC sur le sang contaminé entame une enquête criminelle exhaustive et sollicite l'aide du public», *Communiqué* du 12 février 1998
- «Le travail se poursuit sur le nouveau système d'approvisionnement en sang», Santé Canada, le 10 février 1997
- «Les victimes de l'hépatite C protestent contre l'indemnité proposée», *Le Journal de Montréal*, 28 mars 1998
- «Notes pour une allocution de Allan Rock, ministre de la Santé», Santé Canada, le 3 novembre 1997
- «Héma quoi?», *Le Soleil*, jeudi 2 avril 1998, p. B-6

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE RÉSULTANT DES  
RÈGLES DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL  
Le refus d'accommoder le droit des femmes enceintes de  
s'absenter du travail

**Auteur(s) :** Maurice DRAPEAU

**Revue :** RDUS, 1997-1998, volume 28, numéro 1-2

**Pages :** 215-255

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12741>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12741>

*Page vide laissée intentionnellement.*



## ARTICLE

---

# LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE RÉSULTANT DES RÈGLES DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL\*

## Le refus d'accommoder le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail

par Maurice DRAPEAU\*\*

*L'adaptation du monde du travail à la présence des femmes dépend, dans une large mesure, de la possibilité pour celles-ci d'allier travail salarié et maternité. C'est pourquoi les employeurs ont l'obligation légale de respecter le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail sans qu'elles en soient indûment pénalisées, y compris lors du renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée.*

*L'auteur tente ici de simplifier l'état complexe du droit à ce sujet en démontrant que la solution pour contrer la discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail réside, dans tous les cas, dans l'application de l'obligation d'accommodement raisonnable, laquelle se traduit le plus souvent par le remplacement temporaire de la travailleuse en congé de maternité.*

*En d'autres termes, les absences temporaires pour des raisons de grossesse doivent être considérées comme faisant irrémédiablement partie de la nouvelle réalité du monde du travail à laquelle les employeurs n'ont d'autre choix que de s'adapter.*

---

*Adapting the workplace to the presence of women depends, in great measure, upon the ability to reconcile the exigencies of employment with those*

---

\*. Cet article présente le chapitre 3 de notre projet de thèse de doctorat en droit (Université de Montréal) portant sur «La discrimination fondée sur la grossesse».

\*\*. Avocat et Conseiller juridique à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec. Je remercie le professeur André Morel (Faculté de droit de l'Université de Montréal) ainsi que mon collègue Me Pierre-Yves Bourdeau pour leurs précieux commentaires. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que leur auteur.

*resulting from pregnancy. It is for this reason that employers have the legal duty to respect the right of pregnant women to absent themselves from work without being penalized, either during employment or upon renewal of a fixed-term employment contract.*

*In order to simplify the complexities of the law on this issue, the writer suggests that the solution to pregnancy-based discrimination, as it relates to worker presence, must rely upon the concept of reasonable accomodation, which, in most cases, would result in the temporary replacement of a worker on maternity leave. Indeed, employers must accept the fact that temporary leaves of absence due to pregnancy are now part and parcel of the new reality in the workplace.*

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION: UN MOTIF VALABLE DE S'ABSENTER DU TRAVAIL POUR PERMETTRE D'ALLIER TRAVAIL SALARIÉ ET MATERNITÉ</b>	219
<b>I. LE CONFLIT ENTRE LA RÈGLE DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL ET LE DROIT DE S'ABSENTER DU TRAVAIL POUR DES RAISONS DE GROSSESSE</b>	222
A. LA DISCRIMINATION DIRECTE CONSISTANT À PRÉVENIR DES ABSENCES POUR DES RAISONS DE GROSSESSE	223
B. LA DISCRIMINATION INDIRECTE CONSISTANT À REFUSER D'ACCOMMODER LE BESOIN DE S'ABSENTER DU TRAVAIL POUR DES MOTIFS LIÉS À LA GROSSESSE	226
C. DEUX APPROCHES MINIMISANT LES CONSÉQUENCES DU DOUBLE CADRE D'ANALYSE	228
1. Une discrimination souvent multiforme	228
2. Une approche intégrée	229
<b>II. LES MANIFESTATIONS DE LA DISCRIMINATION RÉSULTANT DES RÈGLES DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL</b>	230
A. LA DISCRIMINATION AU MOMENT DE L'EMBAUCHE	230
B. LA DISCRIMINATION EN COURS D'EMPLOI	231
1. La rétrogradation	231
2. Le refus de promotion	233
3. Le congédiement	234
4. Le non-renouvellement du contrat de travail	236
<b>III. LE DROIT DES FEMMES ENCEINTES DE S'ABSENTER DU TRAVAIL</b>	248
A. UN ACCOMMODEMENT DICTÉ PAR LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'EMPLOI SANS DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE	248

- B. LE DROIT AU CONGÉ DE MATERNITÉ COMME  
ACCOMMODEMENT LÉGAL PRESCRIT PAR LA LOI SUR  
LES NORMES DU TRAVAIL ..... 250
- C. LA PREUVE D'UNE CONTRAINTE EXCESSIVE ... 252

**CONCLUSION: L'ADAPTATION DU MONDE DU TRAVAIL À LA  
PRÉSENCE DES FEMMES ..... 254**

## **INTRODUCTION : UN MOTIF VALABLE DE S'ABSENTER DU TRAVAIL POUR PERMETTRE D'ALLIER TRAVAIL SALARIÉ ET MATERNITÉ**

Il y a à peine quelques décennies, les contrats de travail ou les politiques de gestion des ressources humaines de certains des plus grands employeurs prévoyaient expressément que ceux-ci n'embaucheraient pas de femmes enceintes ou que les travailleuses qui le devenaient devaient prendre un congé forcé, quand on ne les obligeait pas tout simplement à démissionner de leur emploi. À titre de justification, on invoquait soit des motifs de sécurité, soit des raisons de non-disponibilité, ou encore le fait que l'apparence de la travailleuse enceinte serait mal perçue. En rappel historique à la mémoire collective, souvenons-nous que la politique des forces armées canadiennes à l'égard des employés civils considérait que la femme enceinte devenait *ipso facto* inapte au travail. L'actualité a également suivi la réputée affaire des compagnies aériennes qui, invoquant des raisons de sécurité, «clouaient au sol» les hôtesses de l'air dès le premier tiers de leur grossesse. Enfin, le témoignage d'enseignantes nous rappelle le cas des commissions scolaires qui, jusqu'au début des années soixante-dix, exigeaient que les enseignantes ne retournent pas en classe lorsque leur grossesse devenait «visible».

Nous citerons comme exemple de politique officielle d'exclusion générale, qui fut pratiquée jadis et que l'on considérerait aujourd'hui injustifiable, l'affaire *McAlpine et Forces canadiennes*.<sup>1</sup> Un contrat de travail à titre de commis pour une durée déterminée fut offert à Madame McAlpine. Mais, dès qu'il apprit qu'elle était enceinte, l'employeur retira son offre : jusqu'en 1983, la politique des forces armées canadiennes était de ne pas embaucher de femmes enceintes. Selon l'euphémisme qui avait cours dans le milieu, elle avait «échoué son examen médical». Érigées en règle d'emploi, de telles exclusions générales en raison de la grossesse sont totalement injustifiées, et ne pas être enceinte ne saurait en aucune manière être considéré comme qualité requise par l'emploi au sens de la Charte.

---

1. *McAlpine c. Canada (Forces armées)*, [1988] 9 C.H.R.R. D/5190 (T.C.D.P.), infirmé en appel sur la question des dommages qui ne pourraient inclure les prestations d'assurance chômage perdues (1989) 12 C.H.R.R. D/253 (C.F.A.).

Fort heureusement, de telles politiques générales d'exclusion des femmes enceintes aussi manifestement discriminatoires sont aujourd'hui difficiles à imaginer. De nos jours, la principale source d'exclusion résulte de l'application des règles de disponibilité au travail, lesquelles ne tiennent pas compte du besoin des femmes enceintes de s'absenter du travail pour des raisons liées à leur grossesse. En réaction au fait que la femme enceinte doive s'absenter du travail, ou prévoyant le fait qu'une femme pourra éventuellement prendre un congé de maternité, des employeurs les refusent fréquemment à l'embauche ou procèdent ultérieurement à leur renvoi.

La discrimination résultant des règles de disponibilité au travail constitue un sujet d'intérêt juridique et social d'autant plus important que la Cour d'appel du Québec aura bientôt la tâche d'examiner la question dans plusieurs causes qui soulèvent le problème particulier du non-renouvellement de contrats de travail à durée déterminée, au motif que la travailleuse enceinte est réputée ne pas être immédiatement disponible, ou ne pourra être disponible pour toute la durée du contrat.<sup>2</sup>

Lorsque les règles de disponibilité au travail annihilent le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail, ou ont pour effet de les empêcher d'acquérir le droit au congé de maternité, elles constituent sans nul doute de la

- 
2. Nous avons recensé cinq décisions actuellement pendantes devant la Cour d'appel du Québec. Dans trois décisions, les tribunaux ont jugé que le fait de ne pas offrir un emploi à temps partiel parce que l'enseignante ne serait pas disponible étant donné qu'elle devra accoucher incessamment, constitue une discrimination indirecte fondée sur la grossesse; même si la disponibilité est une aptitude ou une qualité requise par l'emploi, la commission scolaire n'a pas rempli ici son devoir d'accommodement : *Commission scolaire du Lac-St-Jean c. Caron*, D.T.E. 94T-457 (C.S.), M. le juge Bernard [ci-après *Commission scolaire du Lac-St-Jean*] (en appel); *Gobeil c. Ménard* (le 27 juin 1994), Québec 200-05-003484-933 (C.S.) M. le juge Philippon [ci-après *Gobeil*] (en appel); et *C.D.P.Q. c. Commission scolaire de Jean-Rivard*, [1995] R.J.Q. 2245 (T.D.P.Q.), Mme le juge Rivet [ci-après *Commission scolaire de Jean-Rivard*] (en appel). Deux autres décisions sont à l'effet contraire : s'appuyant sur les règles générales du droit civil des contrats, elles ont décidé qu'il n'y avait plus aucune obligation de la part de l'employeur qui, à la fin d'un contrat, serait justifié de ne pas renouveler ce dernier : *Syndicat du personnel de l'enseignement du Nord de la capitale c. Morin*, D.T.E. 94T-768 (C.S.) (en appel); *Musée de la civilisation c. Syndicat de la fonction publique du Québec*, (1995)T.A. 919 [ci-après *Musée de la civilisation*] (évocation rejetée, le 14 novembre 1995) Québec 200-05-002082-951 (C.S.) (en appel).

discrimination fondée sur la grossesse. En effet, le célèbre arrêt de principe rendu en la matière par la Cour suprême du Canada dans *Brooks c. Canada Safeway*<sup>3</sup> a consacré, outre le fait que cette discrimination fondée sur la grossesse constitue une discrimination fondée sur le sexe, le principe que «la grossesse est un motif de santé valable de s'absenter du travail».<sup>4</sup> Par ailleurs, la *Loi sur les normes du travail*<sup>5</sup> confère aux travailleuses enceintes le droit au congé de maternité, et ce, non seulement pour des raisons de santé, mais aussi pour donner les soins nécessaires au nouveau-né. Protéger juridiquement le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail, signifie qu'on prend en compte la situation et les besoins particuliers des femmes qui forment désormais une partie importante de la main-d'oeuvre. Les milieux de travail ont donc l'obligation légale de s'adapter à cette réalité sociale.

La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail se trouve actuellement examinée selon deux cadres d'analyse par les tribunaux. Lorsque la femme enceinte demeure disponible au travail, les tribunaux qualifient la discrimination de directe; lorsqu'elle n'est plus disponible, ayant pris son congé de maternité, ils qualifient la discrimination d'indirecte. Ce double cadre d'analyse du Canada doit être réexaminé à la suite de l'arrêt *Stratford*,<sup>6</sup> dans lequel la Cour suprême a imposé une distinction entre la solution de rechange à la discrimination directe, et l'obligation d'accommodement pour corriger l'effet de la discrimination indirecte. Or, cette position a pour effet pervers d'écarter l'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe.

Face à cet état complexe du droit, nous chercherons à simplifier l'analyse en démontrant que, peu importe la qualification de la forme de discrimination, la solution pour contrer la discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail réside dans l'application du

---

3. [1989] 1 R.C.S. 1219 (ci-après *Brooks*).

4. *Ibid.* à la p. 1237. Rappelons que depuis 1982, l'article 10 de la *Charte québécoise* a expressément prévu la grossesse comme motif de discrimination.

5. L.R.Q. c. N-1.1 (ci-après L.N.T.).

6. *Corporation municipale de Stratford c. Large*, [1995] 3 R.C.S. 733 (ci-après *Stratford*). Nous avons procédé à une critique de cet arrêt dans M. Drapeau, «De l'obligation d'accommoder les besoins spécifiques des travailleuses enceintes» (1998) R.J.T. (à paraître).

principe de l'arrêt *Brooks*, selon lequel il faut prioritairement tenir compte du besoin des femmes enceintes de s'absenter du travail. C'est en invoquant cet énoncé de principe que plusieurs instances ont jugé que les employeurs avaient l'obligation d'accommoder les besoins des travailleuses enceintes de s'absenter du travail : en cas d'absence pour un congé de maternité, l'accommodement raisonnable à considérer est le remplacement temporaire de la travailleuse.<sup>7</sup>

Pour étayer la nécessité de l'obligation d'accommodement dans toutes les situations de discrimination, y compris en cas de discrimination directe, nous présenterons deux arguments d'interprétation. D'abord, nous montrerons que les deux formes de discrimination se présentent souvent de façon cumulative, ce qui en fait une discrimination multiforme donnant accès à diverses mesures d'accommodement. Ensuite, dans un souci de synthèse qui permettrait d'appliquer les mêmes règles, que la discrimination soit qualifiée de directe ou d'indirecte, nous démontrerons que la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>8</sup> ne prévoit qu'un seul moyen de défense en cas de discrimination : la défense relative aux qualités requises par l'emploi, dans les limites de laquelle on doit considérer si l'employeur a satisfait à l'obligation d'accommodement.

## **I. LE CONFLIT ENTRE LA RÈGLE DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL ET LE DROIT DE S'ABSENTER DU TRAVAIL POUR DES RAISONS DE GROSSESSE**

À partir du moment où l'on considère que le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail fait partie du droit à l'égalité dans l'emploi, l'on peut mieux voir l'effet discriminatoire de certaines règles de disponibilité au travail qui nient, ou compromettent, ce droit.

---

7. Nous examinerons notamment les décisions suivantes. En droit québécois : Caron, *supra* note 2; C.D.P.Q. *supra* note 2. En droit canadien : *Davies c. Century Oil* (1986), [1987] 8 C.H.R.R. D/3770 (B.C. Human rights council) [ci-après *Davies*]; *Mongrain c. Canada (ministère de la Défense)*, [1992] 1 C.F. 472 (C.A.) [ci-après *Mongrain*]; *Jenner c. Pointe West Development Corp.* (1993), [1994-1995] 21 C.H.R.R. D/336 (Ont. Bd of Inquiry) [ci-après *Jenner*].

8. L.R.Q. c. C-12 [ci-après la Charte ou la Charte québécoise].



Après avoir présenté le schéma d'analyse en cas de discrimination directe ou de discrimination indirecte, nous tenterons de minimiser les conséquences que la distinction pourrait avoir sur l'accès à des mesures d'accommodement en cas de discrimination directe depuis l'arrêt *Stratford*.<sup>9</sup> Nous élaborerons d'abord le cadre d'analyse de la discrimination multiforme qui, à notre avis, permet le mieux d'examiner les nombreuses situations où la discrimination est la fois directe et indirecte. Ensuite, dans un effort de synthèse des dispositions pertinentes de la Charte québécoise, nous chercherons à démontrer qu'il est possible d'interpréter l'article 10 (qui prohibe la discrimination), l'article 20 (qui prévoit [exceptionnellement] la défense relative aux qualités requises par l'emploi) et l'article 49 (qui prescrit la sanction de la discrimination illicite), comme des dispositions créatrices d'une obligation générique d'accommodement applicable à toute situation de discrimination.

#### **A. LA DISCRIMINATION DIRECTE CONSISTANT À PRÉVENIR DES ABSENCES POUR DES RAISONS DE GROSSESSE**

Dans l'état actuel du droit, on peut dire qu'il y a discrimination directe fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail, lorsque l'employeur exclut de l'emploi les femmes enceintes, ou susceptibles de le devenir, parce qu'il envisage qu'elles devront un jour s'absenter du travail en raison de leur grossesse. En effet, l'employeur qui refuse d'embaucher, renvoie ou, de quelque façon que ce soit, exclut de l'emploi des femmes qui sont encore aptes et disponibles à exécuter leurs tâches, au motif qu'elles sont enceintes ou nourrissent des projets en ce sens, leur impose du fait même de la grossesse actuelle ou projetée, un traitement inégal.

Dans les circonstances où il y a un traitement inégal, constitutif *prima facie* d'une discrimination directe, il appartient à l'employeur de prouver que cette distinction est justifiée en tant que qualité requise par l'emploi au sens de l'article 20 de la Charte. Pour ce faire, il doit prouver non seulement la rationalité de la règle, mais aussi l'absence de solution de rechange. Or, le fardeau de la preuve est d'autant plus difficile à établir que la femme enceinte demeure toujours apte et disponible à l'emploi et, lorsqu'elle devra s'absenter

---

9. *Supra* note 6.

du travail pour motif de grossesse, le congé de maternité pourra constituer une solution de rechange à la discrimination. À défaut de prouver que l'exigence de ne pas être enceinte, ou celle ne pouvoir s'absenter du travail pour des raisons de grossesse, constitue une qualité requise par l'emploi, la règle de disponibilité au travail telle qu'elle est appliquée aux travailleuses enceintes sera sanctionnée par son annulation.

Comme exemple de pratiques de discrimination directe qui a toujours cours, citons l'affaire *Jenner*.<sup>10</sup> L'employeur, qui exploitait un snack bar dans un club de golf, a refusé de réembaucher Madame Jenner pour une seconde saison parce qu'elle était enceinte. Il voulait quelqu'un qui serait disponible pour toute la saison (la saison de golf s'étendait sur environ six mois, d'avril à novembre, alors que l'accouchement était prévu pour le 31 août). Bien que Madame Jenner voulait travailler jusqu'à la naissance de l'enfant et revenir au travail seulement trois semaines après l'accouchement, l'employeur a pris la décision de ne pas la réembaucher, sans s'informer ni de sa disponibilité, ni des mesures d'accommodement qui auraient pu être prises.

La commissaire a jugé qu'il s'agissait d'un cas de discrimination directe. À son avis, l'employeur traitait le fait d'être enceinte comme étant équivalent à : ne pas être disponible pour toute la saison. Or, on ne peut dissocier le fait de «prendre quelque temps pour avoir un bébé» du fait d'être «enceinte».<sup>11</sup> La commissaire a conclu que la disponibilité pour toute la saison ne constituait pas une qualité requise par l'emploi, puisque l'employeur n'avait pas considéré les accommodements possibles alors que madame Jenner aurait pu être remplacée pendant les trois semaines où elle se serait absentée pour la naissance de son enfant.<sup>12</sup>

Dans les provinces qui, contrairement à l'Ontario maintenant, ne comportent pas de disposition expresse sur l'application de l'obligation d'accommodement à toutes les formes de discrimination, il faudra plutôt

---

10. Jenner, *supra* note 7.

11. *Ibid.* à la p. 339, n° 20.

12. Précisons que, s'il est ici question d'obligation d'accommodement et non de solution de rechange à la discrimination directe, c'est parce que depuis 1990 le Code ontarien prévoit expressément l'obligation d'accommodement quelle que soit la forme de discrimination.

considérer que les mesures qualifiées d'accommodement constituent des solutions de rechange à la discrimination directe. Ainsi, après avoir conclu que le fait d'être disponible pour toute la durée du contrat n'est pas une qualité requise par l'emploi et constitue une discrimination directe lorsque la femme enceinte est disponible au travail, on peut généralement constater qu'il existe une solution de rechange, pour la période où elle devra s'absenter en congé de maternité, consistant le plus souvent à pourvoir à son remplacement temporaire. Étant donné que la mesure est d'application générale, c'est-à-dire qu'elle peut s'appliquer à toute travailleuse enceinte, et qu'elle est temporaire, elle devrait pouvoir être considérée comme une solution de rechange acceptable, en ce qu'elle ne constitue pas un accommodement individuel, comme le réaménagement des fonctions, que l'arrêt *Stratford* écarta dans le cas où la discrimination est directe.

En résumé, selon le cadre d'analyse de la discrimination qualifiée de directe, l'exigence de disponibilité au travail posée pour l'avenir, alors que la femme enceinte est encore apte au travail et disponible, est si étroitement liée à la grossesse qu'elle équivaut, ni plus ni moins, à l'exigence de ne pas être enceinte. Cette position offre l'intérêt de mettre l'accent sur la disponibilité immédiate de la travailleuse enceinte et, par conséquent, de considérer qu'elle possède, dans l'immédiat à tout le moins, les qualités requises par l'emploi.

En semblables espèces, il suffit d'envisager la discrimination selon la perspective de la disponibilité immédiate de la travailleuse enceinte pour qu'apparaisse clairement le lien direct de l'exclusion en relation avec la grossesse. Ainsi, dans l'affaire *Davies*,<sup>13</sup> le refus d'embauche eut lieu près de deux mois avant la date prévue de l'accouchement. Dans l'affaire *Magee*,<sup>14</sup> la décision de rétrogradation a été prise immédiatement après que la travailleuse eut annoncé qu'elle était en début de grossesse, ce qui impliquait un congé de maternité en fin de grossesse. Dans l'affaire *Wormsbecker*,<sup>15</sup> l'employeur a

---

13. *Davies*, *supra* note 7. Conf. par [1988] 9 C.H.R.R. D/4659 (B.C.S.C.).

14. *Magee c. Warner Lambert Canada Inc.*, [1990] 12 C.H.R.R. D/208 (B.C. Human rights council) [ci-après *Magee*].

15. *Wormsbecker c. Super Value and Westfair Foods* (1980), [1981] 2 C.H.R.R. D/348 (Sask. Bd of Inquiry) et (1981) [1983] 4 C.H.R.R. D/1443 sur les dommages.

refusé d'accorder une promotion à la travailleuse enceinte parce qu'elle aurait à s'absenter dans le futur pour un congé de maternité.

**B. LA DISCRIMINATION INDIRECTE CONSISTANT À REFUSER D'ACCOMMODER LE BESOIN DE S'ABSENTER DU TRAVAIL POUR DES MOTIFS LIÉS À LA GROSSESSE**

Lorsque la femme enceinte n'est plus disponible en raison de sa grossesse, on peut alors se référer au cadre d'analyse de la discrimination indirecte pour examiner l'effet discriminatoire des règles de disponibilité au travail. Même si la règle est apparemment neutre lorsqu'elle s'applique indistinctement à tous les employés, elle n'en a pas moins pour effet d'exclure les femmes enceintes, compte tenu des caractéristiques de la grossesse. Pour corriger cet effet discriminatoire, l'employeur devra prendre des mesures d'accommodement en autorisant les absences du travail nécessitées par l'état de grossesse. Dans ces circonstances, il revient à l'employeur de démontrer que son exigence ne peut faire l'objet d'un accommodement sans contrainte excessive.

Le cadre d'analyse de la discrimination indirecte, défini par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *O'Malley c. Simpsons-Sears*,<sup>16</sup> a été appliqué à la discrimination résultant des règles de disponibilité au travail par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Mongrain c. Canada (ministère de la Défense nationale)*,<sup>17</sup> qui constitue à ce jour un précédent en la matière.

Madame Mongrain, professeure de français dans un collège militaire, avait obtenu des contrats pour des périodes successives à partir de 1981. En cours de contrat, elle a informé son supérieur qu'elle désirait s'absenter de son travail en raison de sa grossesse. L'employeur lui a offert une prolongation de contrat, à condition qu'elle soit disponible pour toute la période concernée. La plaignante a accepté l'offre de contrat, mais l'employeur l'a annulée en invoquant sa non-disponibilité pour la période visée (en fait, le congé prévu couvrait toute la durée du contrat). Ce qui caractérise l'arrêt *Mongrain*, c'est le

---

16. [1985] 2 R.C.S. 536.

17. Mongrain, *supra* note 7.

fait que la plaignante n'était déjà plus disponible au moment du contrat, puisqu'elle avait déjà pris son congé de maternité. C'est donc une règle de disponibilité immédiate qui se trouvait en cause.

Selon la Cour d'appel fédérale, il ne s'agit pas d'une discrimination directe; la règle de disponibilité est neutre, mais comme elle joue en défaveur des travailleuses enceintes, elle donne lieu à une discrimination indirecte. L'effet défavorable -- et le véritable enjeu -- consiste ici en l'interruption du temps de service, qui compromet l'acquisition de la permanence. La Cour d'appel fédérale a jugé que le refus de renouveler le contrat pour cause de non-disponibilité en raison du congé de maternité constituait une discrimination indirecte, car il y avait refus d'accommoder le besoin de s'absenter du travail sous la forme d'un congé de maternité.<sup>18</sup>

«La clause de disponibilité et la règle voulant que les employés soient prêts à rendre une prestation de travail sont non seulement parfaitement neutres en apparence mais sont également des conditions implicites de toute offre d'emploi et de tout contrat de travail.

Le problème dans le présent cas provient du fait que l'application de la règle à des employées à terme qui sont enceintes et qui veulent se prévaloir de leur droit de prendre un congé de maternité sans solde produit un effet discriminatoire. Il appartenait alors à l'employeur de démontrer qu'il avait respecté son obligation d'accommodement.»<sup>19</sup>

Cette analyse tient compte du fait biologique avéré : une travailleuse enceinte devra inévitablement s'absenter du travail, ne serait-ce que pour le temps de l'accouchement. La règle de disponibilité au travail ne peut que causer un effet discriminatoire à l'endroit des travailleuses enceintes, qui en conséquence, ont le droit d'être accommodées pour que leur absence maternité ne les défavorise pas dans l'emploi. L'obligation d'accommodement de l'employeur est conçue comme une solution pratique pour garantir le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail.

---

18. C'est également le cadre d'analyse de la discrimination indirecte que la Cour supérieure a appliqué à l'examen d'une règle de disponibilité immédiate, dans Caron, *supra* note 2.

19. *Ibid.* à la p. 485.

### **C. DEUX APPROCHES MINIMISANT LES CONSÉQUENCES DU DOUBLE CADRE D'ANALYSE**

Face à la complexité du double cadre d'analyse de la discrimination directe et de la discrimination indirecte, et face à la qualification ambivalente de la discrimination, celle-ci pouvant souvent être qualifiée de l'une ou l'autre forme selon le point de vue où l'on se place, nous proposons deux approches qui réduisent les effets négatifs de l'exclusion de l'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe.

#### **1. Une discrimination souvent multiforme**

Compte tenu de l'ambivalence des décisions portant sur les règles de disponibilité au travail, nous croyons que le cadre d'analyse de la discrimination multiforme, c'est-à-dire celle qui se présente à la fois sous la forme directe et indirecte, peut être appliqué dans les cas de discrimination résultant des règles de disponibilité au travail. L'avantage serait de réconcilier ainsi toutes les approches et de considérer l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination. En effet, même lorsque le refus d'embauche ou le renvoi discriminatoire survient lorsque la femme enceinte est encore disponible au travail (discrimination généralement qualifiée de directe), on peut poser la question de l'accommodement dans le futur. Car c'est précisément parce qu'elle s'absenterait plus ou moins prochainement, et donc qu'elle aurait besoin d'être accommodée, que l'employeur refuse de l'embaucher ou met fin à son emploi (ce refus d'accommodement est quant à lui généralement qualifié de discrimination indirecte).

Il y a donc dans l'exclusion d'emploi par anticipation de la travailleuse enceinte une discrimination à la fois directe et indirecte : elle est directe lorsque que la travailleuse enceinte se trouve disponible au travail; elle est indirecte du fait que l'employeur, prévoyant son absence maternité à venir, l'exclut de l'emploi sans considérer qu'il pourrait prendre des mesures d'accommodement. On observe donc que si l'examineur déplace l'accent qui portait sur la disponibilité immédiate de la travailleuse, ce qui permettrait de voir une discrimination directe dans l'exclusion, pour placer cet accent sur la règle de disponibilité future comme une exigence qui serait imposée et attendue de tout

employé, il applique implicitement le cadre d'analyse de la discrimination indirecte. La possibilité de passer aussi aisément d'un cadre d'analyse à l'autre, de celui de la discrimination directe à celui de la discrimination indirecte, s'explique essentiellement par le changement de perspective.

Ainsi, dans l'affaire *Amstrong*,<sup>20</sup> même si la travailleuse enceinte était encore disponible au travail, le commissaire a analysé la discrimination reprochée selon la perspective de la discrimination indirecte. En effet, le commissaire ne s'est pas arrêté au fait de la disponibilité immédiate de la travailleuse; il a plutôt mis l'accent sur le caractère apparemment neutre de l'exigence invoquée par l'employeur pour tenter de justifier son appréhension de l'absence à venir. En l'espèce, l'employeur avait invoqué une exigence de disponibilité à long terme sans absence prolongée. Le commissaire a jugé que l'accommodement sous la forme d'un remplacement n'imposait aucune contrainte excessive. Si cette approche présente l'intérêt de pouvoir prendre en considération l'obligation d'accommodement, elle a cependant le défaut de minimiser le fait que l'absence maternité prévisible est inextricablement liée à la grossesse, de sorte que la règle de disponibilité au travail appliquée par anticipation pour éviter le futur congé de maternité est, en pratique, moins neutre qu'elle ne le paraît.

## **2. Une approche intégrée**

Enfin on trouve, dans la Charte québécoise des droits et libertés de la personne [ci-après la Charte], une autre approche qui permet d'aborder encore plus simplement le problème de la discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail. Cette approche nous ramène à la situation antérieure à l'arrêt *Stratford*. Il s'agit d'une approche intégrée en ce que l'on doit moins insister sur la qualification de la discrimination comme étant directe ou indirecte, que s'attacher à rechercher particulièrement une mesure d'accommodement.

---

20. *Amstrong c. Crest Realty Ltd.*, (1996) 31 C.H.R.R. 156. Voir également *Bonetti c. Plaza Escada*, [1995] 25 C.H.R.R. D/148 (B.C. council of human rights) où la commissaire a examiné une règle de stabilité à l'égard du poste pour toute l'année à venir, qui ne tenait pas compte du besoin d'un congé de maternité.

Cette approche nous apparaît plus en harmonie avec les articles 10, 20 et 49 de la Charte, qui ne distinguent aucune forme de discrimination. L'accommodement raisonnable étant reconnu comme partie intégrante du droit à l'égalité consacré par l'article 10, il doit être considéré dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, défense exceptionnelle prévue à l'article 20. Par conséquent, son défaut d'exécution doit être sanctionné selon l'article 49, qui prescrit la cessation de l'atteinte discriminatoire au droit à l'égalité.

En effet, compte tenu que l'accommodement est présent dans tout le régime de responsabilité pour discrimination illicite : en tant qu'obligation à l'article 10, en tant que moyen de défense à l'article 20 et en tant que mesure de redressement à l'article 49, force est de reconnaître qu'il doit s'appliquer indistinctement à toute forme de discrimination.

## **II. LES MANIFESTATIONS DE LA DISCRIMINATION RÉSULTANT DES RÈGLES DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL**

La façon la plus pratique pour examiner les effets de la discrimination résultant des règles de disponibilité au travail consiste à voir comment elle affecte le droit à l'égalité dans l'emploi et les désavantages qu'elle impose.

### **A. LA DISCRIMINATION AU MOMENT DE L'EMBAUCHE**

Cette forme de discrimination consiste en un refus d'embaucher les travailleuses enceintes parce qu'elles sont susceptibles de prendre un congé de maternité. Ainsi, dans *Davies v. Century Oils*,<sup>21</sup> l'employeur dit avoir refusé d'embaucher une secrétaire enceinte parce qu'elle aurait eu à prendre un congé de maternité peu de temps après le début de son emploi. L'employeur alléguait que «*ce ne serait pas pratique pour la compagnie*», car il aurait fallu la remplacer après quelques mois pour la période de son congé de maternité. L'employeur soutenait que son refus d'embauche n'était pas fondé sur la grossesse, mais plutôt sur une qualité requise par l'emploi, à savoir la

---

21. *Supra* note 12.



disponibilité continue, ce qui écartait une absence prolongée peu de temps après l'embauche.

La commissaire a jugé que l'exigence de ne pas être enceinte était discriminatoire : cette exigence n'était pas nécessaire et, par conséquent, ne constituait pas une qualité requise par l'emploi. Elle a en outre décidé que l'embauche d'une femme enceinte ayant besoin d'une mesure d'accommodement comme un congé de maternité à venir n'imposait aucune contrainte excessive à l'employeur; la commissaire a rejeté l'argument selon lequel les coûts de remplacement de la travailleuse au moment de son congé de maternité seraient trop élevés, aucune preuve n'ayant été présentée à cet effet. Imaginons un cas où la défense relative aux qualités requises par l'emploi (considérant l'obligation d'accommodement sans contrainte excessive) pourrait être alléguée pour tenter de justifier un refus d'embauche initial. Un employeur offre un contrat de travail de courte durée en exigeant une disponibilité non interrompue par une absence planifiée pour une partie importante de la durée du contrat d'emploi. Il pourrait dans ces circonstances invoquer qu'en raison de son besoin pressant de main-d'oeuvre le remplacement serait difficile à organiser.

## **B. LA DISCRIMINATION EN COURS D'EMPLOI**

### **1. La rétrogradation**

Dans l'affaire *Magee*, la commissaire a jugé que l'employeur était responsable de deux actes discriminatoires : au moment de la première grossesse de son employée, une assistante à l'information médicale, il a refusé de considérer la candidature de celle-ci pour une promotion à un poste de responsable régional parce que son congé de maternité était déjà planifié; à sa seconde grossesse, il l'a rétrogradé comme représentante des ventes de produits pharmaceutiques après qu'elle eut annoncé qu'elle prendrait un congé de maternité.<sup>22</sup> La commissaire a considéré que la décision de rétrogradation avait une connexité dans le temps avec l'annonce du congé de maternité projeté, ce qui permettait d'établir un lien avec la grossesse.

---

22. *Supra* note 14. Sur la rétrogradation au retour d'un congé de maternité, voir *Rachwalski c. E.C.S. Electrical Cable Supply* (1996), [1998] 30 C.H.R.R. D/315.

L'affaire *Magee* contient de plus des éléments de représailles qui peuvent aggraver la discrimination fondée sur la grossesse. Ainsi, la commissaire a considéré que les critiques quant à la compétence de la travailleuse, qui lui ont été communiqués juste avant son congé de maternité, alors que l'employeur ne lui avait pas remis d'évaluation écrite et ne lui avait pas laissé le temps nécessaire pour atteindre les objectifs de production, constituaient aussi une discrimination fondée sur la grossesse. En outre, la décision rappelle deux points importants relativement à la preuve de l'existence d'une discrimination : premièrement, l'utilité de la preuve circonstancielle (équivalente à la preuve par présomption de fait en droit québécois); deuxièmement, la règle jurisprudentielle qu'il est suffisant que le motif de discrimination ait été l'une des raisons ayant joué un rôle dans la décision.<sup>23</sup>

Dans l'affaire *Jodoin*, l'employeur a rétrogradé une gérante de magasin avant de la congédier parce que, compte tenu de sa grossesse, elle ne pouvait travailler que huit heures par jour au lieu de douze.<sup>24</sup> La commission d'enquête a décidé que le renvoi constituait une discrimination fondée sur la grossesse ; Madame Jodoin aurait pu facilement être accommodée en lui permettant de faire moins d'heures de travail et en pouvant prendre des pauses pour s'asseoir.

Outre la rétrogradation proprement dite, toute modification à la baisse des conditions d'emploi et de travail de la travailleuse enceinte peut constituer une discrimination fondée sur la grossesse, à plus forte raison lorsque de telles détériorations des conditions de travail conduisent à une démission forcée de la travailleuse. Ainsi, dans l'affaire *Rancourt*,<sup>25</sup> un restaurateur qui voulait embaucher quelqu'un à temps plein en réduisant les heures d'autres employés, a commis un acte discriminatoire en choisissant de réduire les heures de travail d'une travailleuse enceinte parce qu'elle devait partir pour un congé de maternité prochain. En raison de la réduction de ses heures de travail, Madame

---

23. Sur le principe qu'il suffit que la discrimination soit l'une des raisons de la décision de l'employeur, voir également : *Holloway c. Clairco Foods Ltd.*, [1983] 4 C.H.R.R. D/1454 (B.C. Bd of Inquiry) [ci-après Holloway]; Davies, *supra* note 7.

24. *Jodoin c. Ciro's Jewellers*, [1996] 25 C.H.R.R. D/39 (Ont. Bd of Inquiry). Notons avec intérêt que la commission a accordé une compensation pour la perte des prestations de maternité pour lesquelles madame Jodoin n'a pu se qualifier à cause du congédiement.

25. *Rancourt c. Alfredo Holdings Ltd.*, [1996] 25 C.H.R.R. D/444 (Sask. Bd of Inquiry).

Rancourt s'est vue forcée de démissionner. Selon la commission d'enquête, le fait d'avoir réduit les heures de travail de cette employée parce que, «de toute façon», elle devait partir en congé de maternité constitue une discrimination fondée sur la grossesse.

## **2. Le refus de promotion**

Dans l'affaire *Wormsbecker*,<sup>26</sup> l'employeur a refusé d'accorder à une caissière enceinte une promotion au poste de caissière en chef alors même qu'elle avait reçu la formation en conséquence. Il soutenait que sa décision était fondée sur son absence prochaine en congé de maternité durant une période où sa présence serait requise pour l'ouverture planifiée d'un nouveau magasin, et non sur la grossesse elle-même. Il ajoutait que dans ces circonstances, il aurait refusé tout autre employé qui aurait planifié un congé de quelque nature que ce soit au cours de cette période.

Le commissaire a rejeté cette défense invoquant des raisons d'affaires et a jugé qu'il y avait discrimination compte tenu que le droit de gérance de l'employeur était doublement limité en cas de congé de maternité. Il a en effet fait le lien entre deux mesures de protection des travailleuses enceintes : la prohibition de la discrimination fondée sur la grossesse et le droit à un congé de maternité reconnu dans une loi de protection du travail équivalente à la *Loi sur les normes du travail*.

En commentaire, on peut dire qu'en statuant que la distinction mise de l'avant par l'employeur entre la grossesse et l'absence pour maternité était trop subtile, la décision du commissaire a établi l'équation logique entre la grossesse, comme motif de discrimination, et l'effet inévitablement discriminatoire des exigences de disponibilité au travail qui ne tiennent pas compte de l'incontournable nécessité de s'absenter du travail pour raisons de maternité. Cette décision considérant l'état de grossesse dans un continuum avant et après l'accouchement a mis l'évolution du droit en accord avec les changements

---

26. *Supra* note 15. Voir également l'affaire *Magee*, *supra* note 14 et les textes correspondants, comme exemple de refus de considérer la candidature d'une travailleuse pour une promotion parce qu'elle aurait bientôt à s'absenter à cause de sa grossesse.

sociaux : l'état de grossesse et la nécessité de l'absence pour maternité sont indissociables.

De plus, au refus de promotion, il faut assimiler le refus de permettre de postuler un autre poste, puisqu'il y a là aussi une entrave à la progression en emploi, même si celle-ci est horizontale plutôt que verticale.

### 3. Le congédiement

Dans l'affaire *Holloway*,<sup>27</sup> le commissaire a jugé que le congédiement d'une caissière enceinte de six mois était fondé sur la grossesse et constituait une discrimination. L'employeur lui avait déclaré au moment du congédiement que «ça ne paraissait pas bien» qu'elle travaille alors qu'elle était enceinte. L'employeur alléguait comme motifs qu'un règlement sur la fermeture le dimanche l'avait obligé à procéder à une réduction du personnel et que le rendement de la travailleuse était inférieur à celui de ses autres employés. Le commissaire a conclu que la grossesse était l'une des raisons du congédiement et il a appliqué la règle jurisprudentielle selon laquelle il suffit que le motif discriminatoire soit l'un des facteurs pris en considération pour que la décision soit discriminatoire. L'employeur a choisi de congédier la travailleuse parce qu'elle était enceinte et parce qu'il entretenait des préjugés sur ses aptitudes physiques et sur l'effet de son apparence sur la clientèle.

Quant à l'aspect de la disponibilité, le commissaire fait observer qu'une femme enceinte qui doit s'absenter du travail pour accoucher est un fait inhérent à chaque grossesse et ne peut constituer un motif juste de congédiement. Ajoutons que ce raisonnement est renforcé par le fait juridique que la *Loi sur les normes du travail* consacre le droit à un congé de maternité et prohibe toutes représailles à l'encontre de la salariée enceinte ou qui prend un congé de maternité.

Dans l'affaire *Patton*,<sup>28</sup> le commissaire a jugé que le congédiement d'une secrétaire en congé de maternité, alors que deux autres secrétaires avaient

---

27. *Holloway*, *supra* note 23.

28. *Patton c. Brouwer and Co.*, [1984] 5 C.H.R.R. D/1946 (B.C. Bd of Inquiry).

été embauchées durant son absence, constituait une discrimination fondée sur la grossesse. Il a conclu que si la travailleuse n'avait pas pris de congé de maternité elle aurait continué à travailler pour la compagnie.

Dans l'affaire *Leclair*,<sup>29</sup> une assistante dentaire a été congédiée deux jours après qu'elle eut informé son employeur qu'elle était enceinte. L'employeur prétextait que sa conjointe avait décidé de revenir travailler avec lui. Le commissaire a conclu que le dentiste avait agi ainsi parce qu'il ne voulait pas avoir à former quelqu'un d'autre pour la remplacer durant son congé de maternité.

Ces congédiements discriminatoires montrent combien les préjugés sur le rôle social des femmes s'entrecroisent et se superposent. Il est souvent présumé qu'une femme enceinte qui continue de travailler ne pourra pas accomplir sa tâche comme tout le monde; qu'on sera obligé de faire attention à sa grossesse; qu'une travailleuse enceinte, «c'est des problèmes», «qu'on sera pris pour la remplacer», etc. Or la société a changé, sinon évolué. La présence de plus en plus importante des femmes au travail impose l'abandon de tels préjugés; le monde du travail doit donc lui aussi s'adapter aux nouvelles réalités, et par conséquent, s'appliquer à mettre en oeuvre un ensemble de mesures qui prennent en compte les besoins particuliers à la maternité, et en particulier la nécessité de s'absenter du travail.

---

29. *Leclair c. Roberge* (1993), [1996] 23 C.H.R.R. D/68 (Ont. Bd of Inquiry).

#### 4. Le non-renouvellement du contrat de travail

Compte tenu de la tendance actuelle à la précarisation généralisée du travail observée ces dernières années (la multiplication du nombre des employés sans sécurité d'emploi : employés sur appel, employés temporaires, employés contractuels, etc.) le non-renouvellement du contrat de travail et le non-rappel au travail liés à une discrimination fondée sur la grossesse présentent un problème social de plus en plus criant sur le plan de l'équité dans l'emploi. Par ailleurs, ainsi que nous avons eu l'occasion de le souligner dans un document de recherche de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, les conséquences de cette précarisation aggravée par cette discrimination peuvent même compromettre la liberté de choix d'avoir des enfants :

«[...] la discrimination fondée sur la grossesse doit être analysée en tenant compte du phénomène de l'augmentation des contrats à durée déterminée, c'est-à-dire les contrats accordés pour des périodes de temps limité, bien qu'ils soient souvent renouvelables pour plusieurs périodes successives.

Dans ce contexte, l'inquiétude réelle des femmes est de se voir refuser un contrat ou un renouvellement de contrat à cause de leur grossesse, ce qui peut avoir l'effet social de forcer plusieurs femmes à renoncer à la maternité.»<sup>30</sup>

Afin de résoudre le problème particulier du non-renouvellement discriminatoire des contrats de travail à durée déterminée, nous soumettons qu'il y aurait lieu d'y voir non seulement un refus d'embauche, mais aussi une forme de rupture du lien d'emploi, au sens du terme «renvoi» utilisé à l'article 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

En effet, à notre avis, le «renvoi» visé à l'article 16 de la Charte concerne non seulement le congédiement, mais peut s'appliquer aussi à toute forme de

---

30. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (par Michel Coutu et Maurice Drapeau), *La discrimination en emploi fondée sur la grossesse et le contrat de travail à durée déterminée*, 1994, Cat. 120-15.

rupture de l'emploi. Le sens large du terme «renvoi» nous autorise à l'appliquer aux situations de non-renouvellement de contrat de travail. Cette approche nous apparaît la plus appropriée : elle permet aussi d'examiner le non-renouvellement d'un contrat de travail comme une discrimination en cours d'emploi, et non pas seulement au moment de l'embauche. En effet, on ne doit pas considérer seulement la rupture du contrat de travail lui-même, c'est-à-dire la perte salariale pour la partie résiduaire du contrat que la travailleuse disponible aurait pu remplir. Pour prendre la mesure réelle des désavantages imposés aux travailleuses enceintes, il faut en plus évaluer l'impact de la perte des avantages reliés à l'emploi, dans la perspective du retard à long terme dans la progression en emploi. Dans cette perspective, le non-renouvellement du contrat de travail équivaut à une rupture du lien d'emploi qui a un effet aussi néfaste qu'un congédiement (entre autres perte d'ancienneté pour la sécurité d'emploi, perte d'expérience pour la détermination du salaire, non-possibilité de continuer de contribuer aux régimes d'assurance, non-possibilité de cotisation ou de rachat d'années de service aux fins du régime de retraite, etc.).

Reconnaître l'équation entre le non-renouvellement et le «renvoi» conduit nécessairement, en matière de contrat à durée déterminée, à considérer le lien d'entreprise qui s'est formé dans le temps entre l'employé contractuel et l'entreprise. Ce lien d'entreprise existe lorsque dans les faits, malgré la durée déterminée du contrat, il est possible de déterminer une relation de continuité dans la fonction visée, soit par l'existence de clauses de renouvellement ou de listes de rappel, soit par la succession de contrats obtenus, soit par l'historique de la fonction.<sup>31</sup>

---

31. *Ibid.* Les recherches de Michel Coutu ont montré que la notion de lien d'entreprise s'est imposée dans la jurisprudence sur les lois d'ordre public de protection du travail afin d'assurer la réalisation de l'objet spécifique de ces lois qui doivent être distinguées du droit civil général des contrats. Comme sélection parmi les décisions recensées dans le document de recherche précité, citons les suivantes : *Moore c. Cie Montréal Trust*, J.E. 88-1182 (C.A.) (le droit de ne pas renouveler un contrat d'emploi à durée déterminée ne doit pas être utilisé comme prétexte pour éluder l'application du recours à l'encontre d'un congédiement illégal prévu par l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*); *La commission scolaire Berthier Nord Joli c. Beauséjour*, [1988] R.J.Q. 639 (C.A.) (le non-renouvellement d'une enseignante après cinq années de contrats annuels a été considéré comme un congédiement sans cause juste et suffisante au sens de l'article 124 de la *L.N.T.*); *École Weston Inc. c. Le tribunal du travail*, [1993] R.J.Q. 708 (C.A.) (la protection de l'activité syndicale formulée par le *Code du travail* s'applique non seulement au congédiement mais aussi au non-renouvellement de

La notion de lien d'entreprise a été développée par la doctrine française. Les auteurs Brun et Galland la définissent comme une métamorphose des contrats de travail à durée déterminée en un seul contrat à durée indéterminée :

«Si une série de contrats à durée déterminée se succèdent, ils s'enchaînent les uns aux autres en raison de la continuité de l'activité du salarié dans l'entreprise et ils forment alors, suivant l'expression même d'un arrêt de la Cour de cassation, " un ensemble d'une durée indéterminée " entraînant l'attribution au salarié des indemnités de rupture. Cette solution ne manque pas de hardiesse car chacun des contrats - et le dernier comme les autres - appartient à la famille des contrats à durée déterminée. Mais dans l'optique de l'entreprise, il en va différemment. Le lien d'entreprise coordonne les rapports de travail du salarié depuis son entrée jusqu'à son départ : il les enveloppe dans une même chrysalide, si bien qu'une métamorphose se produit : les contrats successifs à durée déterminée se transforment en un seul contrat à durée indéterminée.»<sup>32</sup>

Bien que la jurisprudence en matière de discrimination n'ait pas relevé l'intérêt de considérer le non-renouvellement de contrat de travail à durée déterminée comme un renvoi discriminatoire plutôt que comme un refus d'embauche discriminatoire, et bien qu'elle ne fasse pas expressément référence à la notion de lien d'entreprise, on peut d'ores et déjà considérer que c'est cette approche qui est implicitement appliquée par les tribunaux, notamment dans les cas de non-réengagement des travailleuses enceintes.

Dans le cadre d'un recours pour discrimination illicite fondée sur la grossesse, on doit poser la question suivante : le contrat de la travailleuse enceinte aurait-il été renouvelé n'eût été de la discrimination fondée sur la grossesse?

---

contrat de travail à durée déterminée). A plus forte raison, la notion de lien d'entreprise doit être appliquée dans le cadre de l'interprétation de la Charte. En effet, non seulement la Charte est une loi d'ordre public, mais elle possède en plus un statut de primauté de sorte qu'il convient d'autant plus de la distinguer du droit civil général des contrats et de donner une interprétation large aux protections qu'elle accorde.

32. A. Brun et H. Galland, *Droit du travail*, t. 1, 2e éd., Paris, Sirey, 1978 à la p. 803.



À ce jour, l'arrêt *Mongrain*<sup>33</sup> de la Cour d'appel fédérale a créé un précédent en matière d'obligation d'accommodement en énonçant le droit au renouvellement d'un contrat de travail même lorsque la travailleuse enceinte est déjà en congé de maternité, et par conséquent, n'est pas immédiatement disponible.<sup>34</sup> Bien que la Cour d'appel ne se réfère pas explicitement au concept de lien d'entreprise, elle en fait une application pratique dans le contexte de la prohibition de la discrimination. La Cour devait considérer des contrats successifs dépourvus de priorité de rappel, mais qui donnaient droit à l'inscription sur une liste de disponibilité et à l'acquisition de la permanence aux occasionnels qui totalisaient cinq années de travail. La Cour d'appel a jugé que le non-renouvellement du contrat de la travailleuse enceinte était d'autant plus préjudiciable qu'elle perdait les avantages liés au mécanisme d'acquisition de la sécurité d'emploi.

À notre avis, dans l'examen des règles de disponibilité invoquées au soutien du non-renouvellement du contrat de travail on doit chercher tous les indices de l'existence d'un lien d'entreprise. Or il est reconnu que la situation de contrats successifs, surtout lorsqu'elle donne droit à des avantages tels qu'une sécurité relative d'emploi (droits de priorité ou accumulation d'années de service pour l'acquisition de la permanence) ou des avantages sociaux (maintien du droit de cotiser au régime d'assurance-invalidité ou au régime de pension, report des semaines de vacances, etc.), démontre l'existence d'un lien d'entreprise.

Ce lien d'entreprise, présent dans l'arrêt *Mongrain*, a permis d'établir l'ampleur des pertes actuelles et futures de la travailleuse enceinte. Cette démarche a le mérite de faire ressortir les désavantages concrets que la travailleuse subit lors de la rupture de son contrat de travail. C'est en effet en prenant en considération les désavantages que cause à Madame Mongrain la règle de disponibilité au travail que la Cour a conclu qu'il en résultait un effet discriminatoire lié à la grossesse, qui doit être corrigé par une mesure

---

33. *Supra* note 7.

34. Pour un exemple de non-renouvellement de contrat à cause d'un congé à venir, voir l'affaire Jenner, *supra* note 7 : le refus de réembaucher une travailleuse saisonnière enceinte, qui avait travaillé dans le snack bar d'un club de golf l'année précédente, parce qu'elle ne serait pas disponible toute la saison.

d'accommodement. La Cour reconnaît le droit à l'accommodement comme correctif à la situation de discrimination et comme moyen d'établir l'égalité dans l'emploi. Elle a en effet conclu que la travailleuse avait droit au renouvellement de son contrat malgré le fait qu'elle était non disponible pour toute la durée du contrat, puisque l'employeur aurait pu accommoder son besoin de s'absenter du travail sans subir de contrainte excessive.

On peut retenir de l'arrêt *Mongrain* que la règle de disponibilité dont l'effet est d'empêcher le renouvellement du contrat de travail et de faire perdre les avantages liés à l'emploi crée une discrimination fondée sur la grossesse. Bien que neutre en apparence, la règle de disponibilité a un effet discriminatoire; elle ne constitue pas une qualité requise par l'emploi, puisqu'elle peut donner lieu à une mesure d'accommodement sans contrainte excessive, soit le renouvellement du contrat avec le remplacement de la travailleuse en congé de maternité.

Cette question est actuellement soumise à la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Commission scolaire du Lac-Saint-Jean c. Caron*.<sup>35</sup> Dans cette affaire, l'employeur n'a pas respecté la liste de rappel et a refusé de réengager une enseignante pour l'année scolaire suivante car elle devait accoucher au début des cours. La Cour supérieure a maintenu la décision de l'arbitre selon laquelle l'exigence de disponibilité immédiate formulée par l'employeur était indirectement discriminatoire et que celui-ci n'avait pas satisfait à son devoir d'accommodement.<sup>36</sup>

---

35. *Supra* note 2.

36. Comme décision ayant écarté en vertu d'autres considérations d'ordre public l'exigence de disponibilité immédiate, nous pouvons citer par analogie l'affaire *Écoles musulmanes de Montréal c. Dupuis*, D.T.E. 92T 972 (T.T.), où le tribunal du travail a décidé que l'enseignante avait été victime d'un non-renouvellement de contrat équivalent à un congédiement parce qu'elle était enceinte, le tout contrairement à la protection accordée par l'article 122 de la L.N.T. Le principe retenu est qu'il est clairement établi qu'un non-renouvellement de contrat peut équivaloir à un congédiement dans le contexte de l'exercice par la salariée d'un droit protégé par la Loi. A plus forte raison, l'exigence de disponibilité au travail peut être écartée lorsqu'elle crée une discrimination fondée sur la grossesse contrairement aux prescriptions de la *Charte*.

Selon la Cour, la Commission scolaire n'a pas démontré que le fait d'accorder un contrat à temps partiel à une femme enceinte, non immédiatement disponible, lui créait un fardeau plus lourd que celui d'accorder un contrat à temps partiel à une femme enceinte immédiatement disponible, mais qui devra dans l'avenir être remplacée au moment de son accouchement. La Cour a conclu qu'elle ne pouvait qualifier d'excessives les contraintes que l'employeur s'était lui-même engagé à respecter dans une convention collective qui prévoit que les détenteurs de contrats à temps partiel bénéficient des droits parentaux (ajoutons qu'il en va de même des droits parentaux prévus dans la *Loi sur les normes du travail*). En conséquence, la Cour a ordonné à la Commission scolaire non seulement de rappeler la salariée et de lui attribuer le contrat d'enseignement auquel elle avait droit, mais aussi de lui verser les indemnités de congé de maternité à la date du début des cours (il est s'agit ici des indemnités accordées en supplément des prestations d'assurance-emploi liées à la grossesse).<sup>37</sup>

Un autre jugement de la Cour supérieure, *Gobeil c. Ménard*, éclaire le vrai problème, à savoir que l'on ne peut dissocier la non-disponibilité temporaire pour des raisons de maternité de la grossesse comme motif prohibé de discrimination.<sup>38</sup> La Cour supérieure a en effet reconnu le lien intrinsèque entre la question de la disponibilité et la grossesse, et en a tiré la conclusion suivante : si la travailleuse est non disponible pour un motif énuméré dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, la priorité de rappel est un droit qui se trouve compromis indirectement et qui doit faire l'objet, par conséquent, d'une protection. Plusieurs sentences arbitrales ont également clairement établi le lien

---

37. Par analogie, citons un précédent récent de la Cour d'appel, *Syndicat de l'enseignement du Lac-Saint-Jean c. Commission scolaire du Lac Saint-Jean* (le 13 février 1998) Québec 200-09-000070-943 (C.A.), dans lequel la Cour, sans décider du bien fondé de l'interprétation arbitrale, a jugé que l'interprétation selon laquelle une commission scolaire doit octroyer un contrat à une personne inscrite sur une liste de rappel et lui verser ensuite ses prestations d'assurance-salaire, même lorsque cette dernière est malade et n'est pas immédiatement disponible, était raisonnable. Ce raisonnement s'applique à plus forte raison lorsque la non-disponibilité immédiate est reliée à l'une des caractéristiques de la grossesse comme motif de discrimination.

38. *Gobeil*, *supra* note 2.

indissociable entre la non-disponibilité, le refus de renouvellement de contrat de travail et le motif discriminatoire que constitue la grossesse.<sup>39</sup>

Il existe toutefois une sérieuse controverse sur cette question. Quelques décisions de la Cour supérieure rejettent des demandes d'évocation à l'encontre de sentences arbitrales portant sur des faits de même nature, et dans lesquelles la Cour a reconnu l'absence d'obligation de renouveler le contrat de travail lorsque la travailleuse enceinte n'était pas disponible.<sup>40</sup> Ces décisions s'appuient sur une conception étroite de la notion civiliste de contrat de travail à durée déterminée; elles font preuve d'un formalisme juridique excessif et nuisent à la protection du droit à l'égalité dans l'emploi. S'il est vrai qu'il n'y a plus de lien contractuel au sens du Code civil du Québec durant la période entre deux contrats de travail, au regard du droit à l'égalité garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*, il y a lieu d'examiner la question de savoir

---

39. Parmi les sentences arbitrales qui se sont prononcées en faveur du renouvellement du contrat malgré le fait que la travailleuse enceinte n'aurait pas une pleine disponibilité pour toute la durée du contrat, citons les suivantes : *Syndicat de l'enseignement de Saint-Jérôme c. Commission scolaire de Saint-Jérôme*, S.A.E. 5110-91-5632 (Me Bernard Lefèvre) : devant le refus de la commission scolaire d'accorder un contrat à temps partiel et la décision de ne rémunérer l'enseignante que sur la base du taux horaire, et cela, au motif que l'enseignante n'était pas disponible, parce qu'elle devait prochainement interrompre le travail pour un congé de maternité, l'arbitre a conclu que dire qu'une formule d'engagement d'une femme enceinte qui accouche est basée sur sa non-disponibilité et non pas sur son état de grossesse, équivaut à scinder la cause de l'effet alors qu'en réalité il existe une relation parfaite entre la non-disponibilité et la cause qui est à son origine, soit la grossesse); *Syndicat de l'enseignement de la région des Mille-Iles c. Commission scolaire de Saint-Eustache*, S.A.E. 5310-88-5156 (arbitre Angers Larouche) : face à la mise à pied d'une travailleuse enceinte parce qu'elle ne serait pas disponible, puisqu'elle devait s'absenter pour cause de maternité, l'arbitre a constaté le fait indéniable que l'on ne peut détacher l'indisponibilité de sa cause, à savoir la grossesse, et il en a tiré la conclusion logique qu'elle a été mise à pied en raison de sa grossesse.

40. Voir notamment les décisions suivantes : *Syndicat du personnel de l'enseignement du Nord de la capitale c. Morin* D.T.E. 94T-768 (C.S.) (en appel) : la Cour a jugé qu'il était légitime que l'employeur refuse de renouveler le contrat d'une enseignante contractuelle, compte tenu qu'elle n'était pas disponible pour le travail puisque'elle serait en congé de maternité après avoir accouché en juillet, alors que son contrat avait pris fin en juin; Musée de la civilisation, *supra* note 2 : compte tenu de la fin du dernier contrat et de la non-disponibilité de la travailleuse qui était en congé de maternité, l'employeur ne lui a pas octroyé le plein contrat qu'il a scindé en deux pour en offrir un à une autre personne pendant la durée du congé, ce qui lui a fait perdre le droit aux indemnités de maternité.

si la travailleuse enceinte aurait obtenu un renouvellement, n'eût été de sa non-disponibilité résultant de sa grossesse. Or, c'est précisément à cette étape de l'appréciation judiciaire que l'examen de la notion de lien d'entreprise peut permettre d'établir une preuve par présomption de fait. Soit dit en passant, en l'absence de preuve de lien d'entreprise, auquel cas on ne peut parler de renvoi discriminatoire, il n'est pas exclu que l'on puisse se trouver en présence d'un refus d'embauche discriminatoire.

Quant au Tribunal des droits de la personne, il s'est prononcé en faveur du droit au renouvellement du contrat de travail dans la décision *C.D.P.Q. c. Commission scolaire de Jean-Rivard*.<sup>41</sup> Une enseignante, qui avait enseigné les sciences religieuses à temps partiel pendant un an et qui était inscrite sur une liste d'éligibilité mais sans bénéficier de priorité de rappel, s'est vue refuser un contrat pour l'année qui suivait en raison du fait qu'elle s'absenterait durant une partie de l'année scolaire étant donné qu'elle était enceinte.

Dans cette affaire, bien que la Commission scolaire alléguait un motif licite, à savoir qu'elle avait donné le contrat à une enseignante plus compétente, et qu'elle ne plaidait pas la défense de contrainte excessive, nous n'en devons pas moins prendre en considération la réserve du directeur d'école qui avait déclaré qu'il s'opposait à ce «que les élèves changent de professeur durant l'année». Cette déclaration de politique interne renvoie explicitement à la question du remplacement comme mesure d'accommodement des enseignantes enceintes qui s'absentent pour un congé de maternité. Or, on conçoit difficilement que ce type de remplacement puisse représenter une contrainte excessive pour l'employeur, car tout au long de l'année scolaire la commission scolaire procède régulièrement au remplacement des enseignants qui s'absentent, notamment pour des congés d'invalidité, sans que cela ne pose de problèmes insurmontables de gestion.

---

41. C.D.P.Q., *supra* note 2. Quant à la décision *C.D.P.Q. c. Commission scolaire de l'Outaouais* (le 10 février 1998), Hull 550-000003-973 (T.D.P.Q.), M. le juge Simon Brossard, il s'agit d'un cas d'espèce où le Tribunal a jugé que la preuve était insuffisante pour tirer une inférence qui aurait permis d'établir une présomption de fait que la travailleuse aurait eu le contrat n'eut été de sa grossesse.

Sur le plan de la théorie du droit à l'égalité sans discrimination, la décision *Commission scolaire de Jean-Rivard* a le mérite de situer la défense de contrainte excessive dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi prévue à l'article 20 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Le Tribunal a, en effet, décidé qu'il appartenait à l'employeur de faire la preuve que son obligation d'accommodement raisonnable ne pouvait être remplie sans qu'il subisse de contrainte excessive et qu'il ne pouvait s'y soustraire qu'en suivant les modalités prévues à l'article 20 de la Charte.

L'arrêt *Mongrain* de la Cour d'appel fédérale, le jugement *Commission scolaire du Lac-Saint-Jean* de la Cour supérieure et la décision *Commission scolaire de Jean-Rivard* du Tribunal des droits de la personne ont une caractéristique en commun : les faits montrent qu'il existait un lien d'entreprise en vertu duquel les travailleuses enceintes auraient dû obtenir le renouvellement de leur contrat de travail. On peut alors se demander pourquoi il faudrait renouveler le contrat d'une travailleuse qui n'est pas disponible. Ne crée-t-on pas alors tout simplement une fiction juridique? Nous répondrons tout au contraire qu'il s'agit avant tout d'accorder les impératifs de la protection du droit à l'égalité dans l'emploi à la réalité vécue par les travailleuses enceintes.

Ainsi, dans toutes les situations de renvoi discriminatoire où il est possible d'établir l'existence d'un lien d'entreprise, l'application de la notion civiliste de contrat de travail à durée déterminée doit céder le pas à l'application de la notion de renvoi de la *Charte des droits et libertés de la personne*. En vertu du principe selon lequel la *Charte* doit être interprétée de façon large et libérale, en fonction de son objet, soit la protection des droits et libertés, au nombre desquels figure le droit à l'égalité dans l'emploi, il importe de maintenir au bénéfice des travailleuses enceintes les droits et les avantages normalement rattachés à leur qualité d'employée, sans qu'elles n'aient à subir de désavantages en raison du fait qu'elles doivent s'absenter du travail pour cause de maternité. Nous pouvons aussi invoquer un motif tiré de la disposition préliminaire du Code civil du Québec selon laquelle le code doit être interprété en harmonie avec la Charte.

En réponse à ceux qui ne voient qu'une simple fiction dans le droit au renouvellement du contrat de travail pour la période où la travailleuse enceinte

n'est pas disponible, nous soumettons que cette question doit s'apprécier en tenant compte des incidences concrètes d'un non-renouvellement quant au bénéfice des droits et avantages qui découlent de l'emploi sur l'ensemble de la carrière des travailleuses. En pratique, dans de nombreux cas, le non-renouvellement d'un contrat de travail implique la perte de droits et avantages rattachés au statut d'employé contractuel et qui sont aussi importants que l'inscription sur des listes de disponibilité, le rang de priorité sur les listes de rappel, la durée du service continu pour l'acquisition de la permanence, le droit aux indemnités supplémentaires, etc. La perte de ces droits durant le congé de maternité se traduit pour les travailleuse enceintes par un recul réel sur le plan de leur progression en emploi.

Par ailleurs, compte tenu que les conséquences du non-renouvellement d'un contrat de travail se répercutent sur les droits de la travailleuse enceinte pour le reste de sa carrière, nous ne pouvons retenir, comme constituant un accommodement raisonnable, la pratique de scinder le contrat en deux parties et de confier l'autre partie à une autre travailleuse pendant le congé de maternité de la travailleuse enceinte, pour octroyer à cette dernière un nouveau contrat lorsqu'elle sera disponible après son congé de maternité.<sup>42</sup> La scission du contrat a pour effet de faire perdre non seulement le salaire pour la période résiduaire du contrat où la travailleuse aurait été disponible, mais aussi les avantages immédiats de l'emploi durant le congé (par exemple, l'indemnité supplémentaire de maternité) et également les avantages à long terme (telle l'ancienneté, particulièrement si le cumul des années conduit à un poste permanent).

Afin de permettre de déterminer l'existence d'un lien d'entreprise entre l'employé contractuel et l'employeur, le document de recherche intitulé *les Lignes directrices sur la discrimination fondée sur la grossesse* de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse propose de tenir compte à la fois d'indices formels présents dans les clauses du contrat et d'indices matériels tirés de l'historique de la relation contractuelle et de l'historique de la fonction. Voici en résumé la démarche proposée :

---

42. Cette solution critiquable parce qu'elle ne répond pas aux besoins de la travailleuse enceinte a été mise de l'avant dans Musée de la civilisation, *supra* note 2.

*«Par indices formels, nous entendons ici les clauses que comporte le contrat d'emploi : en particulier, la clause de renouvellement automatique sauf avis contraire, lorsqu'interprétée dans une perspective non formaliste, constitue un bon indice de la volonté de l'entreprise de conférer, au-delà du terme stipulé, un caractère de continuité à la fonction. Les indices matériels découlent pour leur part de la situation concrète, indépendamment des clauses du contrat, qui sous-tend la relation existant entre la salariée et l'employeur : l'on attachera ici de l'importance, le cas échéant, non seulement à l'historique des relations liant la salariée à l'entreprise, mais également à l'historique de la fonction ou du poste même, à l'attitude de l'entreprise après le renvoi ou le refus d'embauche, à la comparaison de la situation de la salariée avec celle de collègues de travail remplissant une tâche similaire, etc.*

*Il y aura donc présence d'un lien d'entreprise :*

*a) lorsque la salariée a bénéficié d'une succession de contrats à durée déterminée (même s'il y a eu interruption, par exemple en cas de contrats saisonniers), de sorte que le rattachement de la salariée à l'entreprise s'apparente dans les faits à une relation à durée indéterminée;*

*ou*

*b) lorsque la fonction assumée, considérée d'une manière objective c'est-à-dire indépendamment de l'historique des relations contractuelles entre l'employeur et la salariée, revêt dans les faits un degré suffisant de continuité, qui l'apparente davantage à un emploi à durée indéterminée qu'à un poste purement temporaire.»<sup>43</sup>*

Il nous apparaît que la notion de lien d'entreprise, empruntée à l'interprétation des lois de protection du travail, s'accorde d'autant plus harmonieusement avec l'interdiction de la discrimination dans l'emploi comme

---

43. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, par Michel Coutu et Maurice Drapeau), *Lignes directrices sur la discrimination fondée sur la grossesse*, 1994, Cat. 120-15.



règle d'ordre public, que la portée du terme de l'article 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne* est suffisamment large pour couvrir les situations de non-renouvellement de contrat de travail à durée déterminée. La présence d'un lien d'entreprise permet alors de dire que, n'eût été de la discrimination, le contrat aurait été renouvelé. En outre, compte tenu de l'existence d'un lien d'entreprise, le fardeau de la preuve de l'employeur pour établir qu'il a satisfait à l'obligation d'accommodement sans contrainte excessive sera d'autant plus difficile à remplir que l'on considère que la salariée avait droit au renouvellement de son contrat, assorti de mesures d'accommodement pour la période du congé de maternité.

Quant à l'effet du lien d'entreprise sur le fardeau de la preuve d'une contrainte excessive, on trouve énoncé de qui suit dans les *Lignes directrices* de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse :

*«Lorsque la présence d'un lien d'entreprise est établie, la preuve d'une contrainte excessive demeure fort exigeante, puisque le non-octroi du contrat correspond en réalité à une rupture du lien d'emploi. En effet, la situation de la salariée à contrat d'une durée déterminée s'assimile en ce cas, au regard de la Charte des droits et libertés de la personne et du droit public en général, à celle d'une salariée s'inscrivant dans une relation d'emploi à durée indéterminée. Dans un grand nombre de cas, l'employeur devra donc se conformer, en dépit du terme déterminé stipulé au contrat, à une obligation d'accommodement raisonnable.»<sup>44</sup>*

---

44. *Ibid.*

En conclusion, le fait d'interpréter la notion de renvoi discriminatoire en prenant en considération l'existence d'un lien d'entreprise dans le cas d'employés contractuels ou sur appel est conforme aux objectifs de la *Charte des droits et libertés de la personne* dont l'objet est de protéger les personnes indépendamment de leur statut d'emploi.

### **III. LE DROIT DES FEMMES ENCEINTES DE S'ABSENTER DU TRAVAIL**

Le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail se rattache à deux sources légales : l'obligation d'accommodement dicté par la *Charte des droits et libertés de la personne* et le droit au congé de maternité consacré par la *Loi sur les normes du travail*.

#### **A. UN ACCOMMODEMENT DICTÉ PAR LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'EMPLOI SANS DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE**

Est-il nécessaire de dire que le principal besoin lié à l'état de grossesse d'une travailleuse est celui de s'absenter du travail soit pour des examens, soit pour des raisons de santé liées à la grossesse (que ce soit en vertu du droit au retrait préventif ou de l'assurance- invalidité), soit pour le congé de maternité prévu à la fois pour des raisons de santé et pour prendre soin du nouveau-né. Ce besoin de s'absenter du travail peut entrer en conflit avec les règles d'emploi exigeant d'être disponible pour la durée du contrat, qu'il s'agisse de la règle de disponibilité immédiate ou de la règle de disponibilité future.

Le caractère particulier du besoin de s'absenter du travail pour cause de grossesse a été reconnu par la Cour supérieure dans la décision *Commission scolaire du Lac Saint-Jean*.<sup>45</sup>

*Bien qu'on puisse considérer que l'exigence d'un employeur d'avoir des employés immédiatement disponibles et prêts à accomplir*

---

45. *Supra* note 2.

*l'intégralité de la prestation de travail à laquelle ils s'engagent soit raisonnable et valable dans la majorité des cas, il faut bien reconnaître que l'absence pour cause de grossesse jouit d'un statut particulier.*

La décision *Commission scolaire du Lac-Saint-Jean* reprend le principe posé dans les arrêts *Brooks* et *Mongrain* selon lequel l'absence pour cause de grossesse a le statut d'un droit.

Le Tribunal des droits de la personne du Québec a fait preuve d'originalité dans la décision *Lingerie Roxanna*<sup>46</sup> en reconnaissant le droit à l'accommodement en matière de discrimination fondée sur la grossesse. Les faits sont relativement simples : en raison des examens prénataux qu'elle devait subir la travailleuse, une opératrice couturière, arrivait en retard ou ne pouvait se présenter au travail; bien qu'elle avisait son contremaître à l'avance, l'employeur insatisfait l'a congédiée. Le Tribunal a examiné la portée particulière de l'interdiction de la discrimination en emploi fondée sur la grossesse et a conclu au caractère inhérent de l'obligation d'accommodement reliée à l'exercice effectif du droit à l'égalité dans ce contexte :

*«Le critère de grossesse commande une telle interprétation de l'accommodement raisonnable. Une femme enceinte, de par sa condition, doit dans certains cas être accommodée par son employeur pour exercer son travail. Sans accommodement, cette employée pourra, dans certaines situations, être forcée de faire un choix entre le maintien de son emploi et la protection de sa santé. Les femmes enceintes doivent donc pouvoir être accommodées pour certaines fins particulières reliées à leur état de grossesse.»*

Parmi les exemples cités par le tribunal, on retrouve «la possibilité de s'absenter et les congés sans solde», ce qui, il va sans dire, inclut le droit au congé de maternité :

---

46. *C.D.P.Q. c. Lingerie Roxanna*, [1995] R.J.Q. 1289 (T.D.P.Q.) Mme le juge Rivet) [ci-après *Lingerie Roxanna*].

*Le transfert temporaire à un emploi plus sécuritaire, le temps partiel, les heures flexibles, le droit de refuser de faire du temps supplémentaire, la possibilité de s'absenter et les congés sans solde sont quelques-unes des modalités que pourraient considérer les employeurs au sujet de l'accommodement des femmes enceintes.*

Dans son approche nouvelle, le Tribunal reconnaît l'accommodement comme une composante intrinsèque du droit à l'égalité, d'où il résulte que l'absence d'accommodement peut être constitutive de discrimination.<sup>47</sup> L'accommodement n'est plus considéré comme un simple moyen de défense soulevé uniquement après le fait discriminatoire; le refus d'accommoder devient lui-même un acte constitutif de discrimination. À partir de là, on peut conclure que l'obligation d'accommodement existe aussi dans les cas de discrimination directe.

De même, dans la décision *C.D.P. (Sasseville) c. Commission scolaire de Jean-Rivard*,<sup>48</sup> le Tribunal a décidé que le refus de l'employeur de renouveler le contrat d'une enseignante contractuelle était fondé sur la grossesse parce qu'elle aurait à s'absenter durant une partie de l'année scolaire. Selon le Tribunal, il appartenait à l'employeur de faire la preuve que son obligation d'accommodement raisonnable ne pouvait être remplie sans qu'il subisse de contrainte excessive.

## **B. LE DROIT AU CONGÉ DE MATERNITÉ COMME ACCOMMODEMENT LÉGAL PRESCRIT PAR LA LOI SUR LES NORMES DU TRAVAIL**

Afin de permettre aux travailleuses de concilier emploi et maternité, la *Loi sur les normes du travail* consacre le droit au congé de maternité (actuellement, un congé sans solde de dix-huit semaines). Le droit au congé de maternité est défini comme une absence du travail destinée à donner naissance à un enfant sans qu'il y ait perte d'emploi. Cette mesure sociale constitue un accommodement légal qui reconnaît la contribution des femmes à l'ensemble

---

47. *Ibid.*, citant sa décision dans *C.D.P.Q. c. Ville de Montréal*, [1994] R.J.Q. 2097, 2104 (T.D.P.Q.) Mme le juge Rivet.

48. *Supra* note 2.

de la société, en s'assurant qu'elles ne soient pas les seules à assumer les coûts liés à la maternité.

La principale protection qui découle du droit au congé de maternité est le droit de retour au travail avec le maintien des avantages de l'emploi; l'article 81.15 de la *Loi sur les normes du travail* impose à l'employeur l'obligation de réintégrer la salariée dans son poste habituel à l'expiration du congé avec les mêmes avantages, y compris le salaire auquel elle aurait droit si elle était restée au travail. L'article 122 de la *Loi sur les normes du travail* interdit expressément que soient invoquées le fait qu'une salariée soit enceinte ou le fait qu'elle se soit prévalu du congé de maternité pour la congédier, la suspendre, la déplacer ou lui imposer des mesures discriminatoires, des représailles ou toute autre sanction. Contrevenir à cette disposition constitue un acte illicite à l'encontre duquel la loi prévoit un recours spécifique.<sup>49</sup>

Cependant, comme il faut avoir le statut d'employé pour avoir droit au congé de maternité et au recours pour congédiement illégal, le recours de la *Loi sur les normes du travail* ne peut pas toujours être exercé. Il en est ainsi, lorsque la travailleuse est candidate à l'embauche, ou dans le cas des employées à statut précaire, notamment des employées contractuelles en période de renouvellement de contrat, ou des employées sur appel en situation de mise à pied. C'est dans de semblables situations que le recours pour discrimination prévu par la *Charte des droits et libertés de la personne* semble être le plus approprié. Ajoutons que même dans les circonstances où un recours en vertu de la *Loi sur les normes du travail* pourrait être considéré, le recours pour discrimination illicite demeure ouvert et peut même offrir l'avantage d'examiner la question sous l'angle d'une atteinte au droit à l'égalité.

---

49. Pour des précisions sur le droit au congé de maternité et sur le recours pour acte illicite, voir N.-A. Beaulieu, *La situation juridique de la femme enceinte au travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1993.

### C. LA PREUVE D'UNE CONTRAINTE EXCESSIVE

Le fardeau de démontrer que l'exigence de disponibilité ne peut faire l'objet d'aucun accommodement sans contrainte excessive repose sur l'employeur.<sup>50</sup> En matière de disponibilité au travail, on trouve dans les *Lignes directrices* de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse plusieurs critères objectifs pour mesurer la contrainte résultant de l'obligation d'accommodement, notamment :

- les facteurs liés à la possibilité d'assurer le remplacement pendant le congé de maternité, tels la taille de l'entreprise, l'interchangeabilité des effectifs ou l'existence d'un bassin de recrutement;
- la durée plus ou moins longue du contrat de travail par rapport à certaines contraintes, telles que le caractère saisonnier, la nécessité d'une formation, etc.
- le coût financier des remplacements.<sup>51</sup>

En cours d'emploi, on peut difficilement imaginer que l'employeur pourrait invoquer que le congé de maternité et le remplacement de l'employée lui imposent une contrainte excessive puisque le législateur leur confère le statut d'accommodement légal. Ainsi, la reconnaissance du droit au congé de maternité dans la *Loi sur les normes du travail*, signifie que la contrainte n'est pas excessive. Nous assumons qu'il en va de même dans les cas de renouvellement du contrat à durée déterminée, puisque la situation de la salariée enceinte peut être assimilée à celle de toute employée régulière, lorsque son contrat à durée déterminée aurait été renouvelé n'eût été de la discrimination.

Ainsi, dans l'arrêt *Mongrain*, la Cour d'appel fédérale jugea que l'employeur n'avait pas prouvé qu'il avait rempli son obligation d'accommodement. Selon la Cour d'appel, le tribunal était fondé de conclure

---

50. Comme l'a décidé la Cour suprême dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489 et *Central Okanagan School District c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970.

51. *Supra* note 43.

que l'accommodement sous forme d'un congé de maternité ne pouvait devenir une contrainte excessive pour l'employeur.

*«En fait tout ce qu'a demandé Mme Mongrain était un congé sans solde d'exactly la même nature que celui dont elle avait déjà bénéficié. Dans ces circonstances, il m'est impossible d'imaginer quelle sorte de contrainte, même minimale, cela pourrait causer à l'employeur et la preuve n'en révèle aucune.»*

Nous sommes d'avis que le même raisonnement peut fréquemment être appliqué à la situation des employées à statut précaire au moment du renouvellement de leur contrat ou de leur rappel au travail. Dans ces circonstances, la preuve de contrainte excessive paraît incongrue devant l'obligation d'accommodement sous forme d'un congé de maternité qui fait l'objet d'une mesure législative prévue dans la *Loi sur les normes du travail* et dont bénéficient déjà les employées régulières ou permanentes titulaires de la sécurité d'emploi.

Dans cette perspective il nous apparaît que, dans la décision *Commission scolaire du Lac-Saint-Jean*, la Cour supérieure était tout à fait fondée d'adopter un raisonnement similaire en considérant que la preuve n'avait pas été faite que l'octroi d'un contrat à temps partiel à une femme enceinte, non immédiatement disponible, créait à l'employeur un fardeau plus lourd que de l'accorder à une femme enceinte immédiatement disponible, même si elle devra être remplacée au moment de son accouchement.

Sur ce point, nous sommes en désaccord avec la décision rendue dans l'affaire *Bonetti*,<sup>52</sup> la commissaire ayant retenu que le maintien d'une travailleuse enceinte à son poste aurait constitué une contrainte excessive. D'une part, la décision s'appuie sur la notion américaine de «nécessité d'affaire», qui offre un critère moins strict que celle de contrainte excessive. D'autre part, avant de se prononcer sur le degré de contrainte, il eût fallu examiner les possibilités d'accommodement, et en particulier, le remplacement durant le congé de maternité par la personne qui a été choisie pour prendre la place de la travailleuse enceinte rétrogradée de son poste.

---

52. *Supra* note 20.

**CONCLUSION : L'ADAPTATION DU MONDE DU TRAVAIL À LA PRÉSENCE DES FEMMES**

L'interprétation juridique de la discrimination fondée sur la grossesse, notamment de celle résultant des règles de disponibilité au travail, doit répondre aux attentes sociales créées par l'évolution du marché du travail où la présence des femmes est de plus en plus marquée. Autres temps, autres mœurs. À nouvelle réalité sociale, nouvelle réalité juridique. Les absences temporaires pour des raisons de grossesse doivent être considérées comme faisant irrémédiablement partie de la nouvelle réalité du monde du travail à laquelle les employeurs n'ont d'autre choix que de s'adapter.

L'interdiction de la discrimination fondée sur la grossesse joue donc un rôle capital dans la protection de l'emploi des travailleuses enceintes, et plus particulièrement de celles qui ont un statut précaire d'emploi. La protection du droit à l'égalité dans l'emploi sans discrimination sert, en quelque sorte, de pont pour assurer en toute sécurité le passage de l'emploi à la maternité et le retour de la maternité à l'emploi, sans que les travailleuses ne subissent de désavantages du fait des besoins caractéristiques de leur grossesse.

Par conséquent, la prise en compte des besoins spécifiques des employées afin de leur permettre d'allier travail salarié et maternité implique impérativement que soient mises en oeuvre des mesures d'accommodement leur garantissant le droit de s'absenter du travail sans être désavantagées dans leur emploi. L'enjeu social est de taille : c'est, ni plus ni moins, du droit des femmes à l'égalité dans l'emploi qu'il est question.

Par implication nécessaire, les employeurs ne peuvent tout simplement pas refuser d'embaucher, ou encore, renvoyer des femmes pour le motif qu'elles prendront éventuellement un congé de maternité; ils ont une obligation légale de respecter leur droit à la différence en prenant des mesures pour répondre à leur besoin de s'absenter du travail. Et compte tenu du droit au congé de maternité et de la protection de l'emploi qui l'accompagne, il est difficile d'imaginer des exceptions à ce principe en cours d'emploi. La seule exception pourrait advenir dans une situation où l'employeur, lors de l'embauche initiale, ferait que la présence immédiate au travail et la disponibilité pour un temps



(1997-98) 28 R.D.U.S.	<i>La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail</i>	255
-----------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

défini constituent dans les circonstances une qualité requise par l'emploi qui ne peut faire l'objet d'aucun accommodement sans que celui-ci n'impose de contraintes excessives à l'entreprise.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LE PATRIMOINE FAMILIAL : ASPECTS CIVILS ET FISCAUX

**Auteur(s) :** Carmen LAVALLÉE, Luce SAMOISETTE

**Revue :** RDUS, 1997-1998, volume 28, numéro 1-2

**Pages :** 257-284

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12742>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12742>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**LE PATRIMOINE FAMILIAL :  
ASPECTS CIVILS ET FISCAUX\***

par Carmen LAVALLÉE\*\*  
Luce SAMOISETTE\*\*\*

**SOMMAIRE**

<b>INTRODUCTION</b> .....	259
<b>Partie I</b>	
<b>PROBLÉMATIQUE</b> .....	260
<b>Partie II</b>	
<b>ÉNONCÉS DES PRINCIPES APPLICABLES</b> .....	263
<b>Partie III</b>	
<b>HYPOTHÈSES DE SOLUTION</b>	
<b>Aspects civils</b> .....	277
<b>Partie IV</b>	
<b>HYPOTHÈSES DE SOLUTION</b>	
<b>Aspects fiscaux</b> .....	281
<b>CONCLUSION</b> .....	284

---

\*. Cet exposé a été préparé dans le cadre de l'Amicale 1997 réunissant les anciens de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke qui s'est tenue à Sherbrooke le 25 octobre 1997.  
\*\*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.  
\*\*\*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.



## INTRODUCTION

L'intégration des dispositions législatives concernant le patrimoine familial dans le *Code civil du Québec* ne s'est pas fait sans difficultés. Toutefois, l'institution semble bien intégrée au sein du droit familial et cela malgré les critiques parfois acerbes qu'elle a suscitées.<sup>1</sup> Il est donc nécessaire de tenter de lui donner plus de cohérence. En effet, le texte est souvent ambigu et plusieurs interrogations se posent quant à l'interprétation qu'il faut adopter. Si les tribunaux ont largement contribué à améliorer la situation, plusieurs questions restent encore en suspend. Dans cette optique, nous allons analyser quelques-unes des problématiques les plus souvent rencontrées. Puis, nous ferons état de la manière dont les tribunaux ont tenté de les solutionner. Nous traiterons également des aspects civils et fiscaux du patrimoine familial dans le but de mettre en évidence certaines difficultés d'interprétation posées par le texte du Code civil du Québec et de démontrer que l'arrimage du droit civil et du droit fiscal n'est pas toujours aisé dans ce domaine.

### **Voici les différentes problématiques du partage du patrimoine familial qui seront abordées**

- 1) Le emploi d'un bien du patrimoine familial possédé avant le mariage;
- 2) L'apport fait par un conjoint dans un bien du patrimoine familial qui appartient à l'autre;
- 3) L'investissement des économies accumulées avant le mariage dans un bien du patrimoine familial;
- 4) Les biens du patrimoine familial détenus en propriété indivise par les époux;
- 5) La déduction de la valeur d'un apport fait à même un bien reçu à titre gratuit;
- 6) La moins-value affectant les biens du patrimoine familial;
- 7) La dette plus élevée que la valeur du bien inclus dans le patrimoine familial;

---

1. E. Caparros, «Le patrimoine familial québécois : comme un oeuf de coucou dans le nid du *Code civil du Québec*» dans J. Beaulne et M. Verwilghen, dir., *Point de droit familial*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1997, à la p. 149.

- 8) La déduction des charges fiscales affectant un bien du patrimoine familial;
  - a) L'impôt à considérer au moment de l'établissement de la créance résultant du patrimoine familial;
  - b) La prise en compte des charges fiscales affectant les biens du patrimoine familial;
- 9) L'impact fiscal du paiement de la créance résultant du patrimoine familial.

Nous traiterons ces aspects à partir d'un cas fictif, celui de **Lucille et Jean-Guy**.

## **Partie I PROBLÉMATIQUE**

Jean-Guy et Lucille se sont mariés à Sherbrooke le 6 juin 1980. Aux termes d'un contrat de mariage reçu devant notaire, le couple a adopté le régime de la séparation de biens.

Lucille, âgée de 48 ans, est comptable à l'Université de Sherbrooke. Elle gagne un salaire annuel de 40 000 \$. Jean-Guy, embaumeur de profession, a repris le salon funéraire familial à la mort de son père. Il est l'unique propriétaire de son entreprise. Il est âgé de 55 ans et reçoit un salaire de 50 000 \$ annuellement.

Aucun enfant n'est né de leur union. Les époux ne se sont pas prévalus des règles d'exclusion prévues lors de l'entrée en vigueur des articles du *Code civil du Québec* sur le patrimoine familial.

Depuis quelques mois, la relation matrimoniale de Jean-Guy et Lucille s'est grandement détériorée. En effet, Lucille a découvert que Jean-Guy entretient une relation amoureuse avec une jeune veuve, rencontrée l'an dernier au salon funéraire lors du décès de son mari.

Lucille songe à intenter une procédure en divorce. Elle vous consulte car elle aimerait connaître les conséquences pécuniaires de la rupture de son mariage.

Le couple possède les biens suivants :

**1) La résidence familiale :**

La maison est située sur la rue Portland à Sherbrooke. Elle a été acquise par Jean-Guy au mois de mai 1992 pour la somme de 160 000 \$. Jean-Guy a versé comptant une somme de 90 000 \$ provenant du produit de la vente d'une maison située sur la rue Dufferin. Celle-ci était la propriété de Jean-Guy depuis 1978. La maison de la rue Dufferin a servi de résidence familiale de 1980 à 1992. Elle valait 60 000 \$ au moment du mariage et il subsistait un solde hypothécaire de 20 000 \$.

Le solde du prix d'achat de la maison de la rue Portland a été acquitté au moyen d'un emprunt hypothécaire. Il reste 60 000 \$ à verser sur cet emprunt. Jean-Guy a effectué les versements à même son salaire. La maison vaut aujourd'hui 180 000 \$.

Calculez la créance de Lucille à l'égard de la résidence familiale.

Votre réponse serait-elle la même si la maison de la rue Dufferin avait été la propriété de Lucille et qu'elle avait investi le prix de vente de cette maison, pour acheter celle de la rue Portland dont Jean-Guy est l'unique propriétaire ?

**2) Le chalet :**

Le chalet, situé sur les bords du lac Memphrémagog, a été acquis par Lucille en 1986 pour la somme de 40 000 \$ payée de la façon suivante : 5 000 \$ provenant des économies accumulées avant son mariage et le solde a été acquitté après le mariage à même son salaire. Le chalet vaut aujourd'hui 80 000 \$.



**3) Les meubles :**

Ils ont été acquis par Lucille et Jean-Guy en 1990 pour la somme de 24 000 \$. Lucille a acquitté un premier versement de 6 000 \$ à même une somme d'argent reçue au décès de son oncle. Le solde du prix de vente a été acquitté au moyen d'un emprunt à la Banque, remboursé plus tard par Jean-Guy avec de l'argent provenant de son salaire. Les meubles valent présentement 12 000 \$ et sont entièrement payés.

**4) La voiture de Jean-Guy :**

Jean-Guy utilise une voiture familiale Volvo 1995 évaluée à 32 000 \$, mise à sa disposition par l'entreprise funéraire. Le couple, amateur de camping, l'utilise régulièrement les fins de semaine dans le cadre de leurs loisirs.

**5) La voiture de Lucille :**

Lucille possède une Toyota Camry 1995, achetée en 1994, pour la somme de 16 000 \$. Le prix d'achat a été acquitté au moyen d'un emprunt à la Banque. Toutefois, il y a quelques semaines, lors d'une tempête, un arbre déraciné par le vent s'est abattu sur le capot de la voiture. L'assurance souscrite par Lucille ne couvre pas cet événement. La voiture est maintenant évaluée à 10 000 \$, alors qu'un solde de 12 000 \$ subsiste sur le prêt.

**6) Le régime enregistré d'épargne-retraite (REÉR) :**

Un REÉR qui appartient à Lucille au montant de 40 000 \$. Les contributions ont été faites après le mariage. L'année dernière, Jean-Guy a contribué pour une somme de 5 000 \$ au REÉR de Lucille.

Lucille vous consulte aujourd'hui et vous demande de calculer les montants auxquels chacun aurait droit dans l'éventualité d'une séparation de corps ou d'un divorce.

## **Partie II**

### **ÉNONCÉS DES PRINCIPES APPLICABLES**

#### **1) Le remploi d'un bien du patrimoine familial possédé avant le mariage**

En vertu des dispositions sur le patrimoine familial, il est permis de déduire les sommes provenant du remploi d'un bien du patrimoine familial possédé avant le mariage.

Par exemple, si les époux habitent une résidence familiale reçue à titre gratuit par l'épouse avant le mariage, ce bien est exclu du partage du patrimoine familial, puisqu'il s'agit d'un bien reçu à titre gratuit (art. 415 C.c.Q.). Si l'épouse vend cette maison et qu'elle réinvestit la somme dans un bien exclu du patrimoine familial, tel que des actions cotées à la bourse, il n'y a aucun partage de la valeur de ces actions au moment du divorce.

Toutefois, si l'épouse vend pendant le mariage, la résidence familiale dont elle avait hérité et qu'elle investit le produit de la vente dans une deuxième résidence familiale, on doit procéder au partage de la valeur de la deuxième résidence, moins ce qui se rapporte à la première résidence soit : la valeur nette de la première résidence au moment du mariage, la portion de la plus-value qui découle de ce qui a été reçu à titre gratuit avant le mariage pour la première résidence ainsi que la part de la plus-value acquise par la deuxième résidence en raison du réinvestissement du produit de la vente de la première résidence familiale.<sup>2</sup>

#### **2) L'apport fait par un conjoint dans un bien du patrimoine familial qui appartient à l'autre**

La Cour d'appel a établi que rien dans l'article 418 C.c.Q. n'impose que le remploi soit fait dans un bien qui est la propriété de l'époux qui réclame la déduction. La valeur des biens identifiés comme faisant partie du patrimoine

---

2. *Droit de la famille - 1875*, [1993] R.D.F. 569 à la p. 572 (C.S.) [ci-après *Droit de la famille - 1875*].

familial doit être partagée selon les dispositions de la loi sans égard au droit de propriété des époux.<sup>3</sup>

Ainsi, un époux, qui investit une somme reçue à titre gratuit dans un bien du patrimoine familial propriété de l'autre époux, peut déduire le montant investi et la plus-value dans la même proportion. S'il s'agit du seul bien qui donne lieu à partage, cette déduction s'ajoute à la moitié de la valeur partageable à laquelle l'époux créancier a droit en vertu des règles générales.

La preuve peut être apportée de l'intention libérale d'un époux de renoncer aux bénéfices que lui confère le régime de déductions au moment de l'achat de la deuxième résidence.<sup>4</sup> Dans ce cas, l'époux ne pourra récupérer au moment du divorce ce à quoi il a volontairement renoncé pendant la vie commune.<sup>5</sup>

Toutefois, la renonciation doit être claire et non équivoque.<sup>6</sup>

### **3) L'investissement des économies accumulées avant le mariage dans un bien du patrimoine familial**

Il existe un débat jurisprudentiel et doctrinal concernant la possibilité de déduire les sommes investies dans un bien du patrimoine familial après le mariage à même des économies accumulées avant le mariage. En effet, le troisième alinéa de l'article 418 C.c.Q. énonce : «le remploi *d'un bien du patrimoine familial* possédé lors du mariage donne lieu aux mêmes déductions, compte tenu des adaptations nécessaires» [les italiques sont de nous]. Il faut en déduire, selon nous, que l'utilisation de l'argent accumulé avant le mariage n'étant pas un bien du patrimoine familial, il ne peut donner lieu à une déduction lors du calcul de la valeur partageable.

C'est aussi la position adoptée par la Cour d'appel du Québec qui est d'avis que les économies accumulées avant le mariage investies pour

---

3. *Droit de la famille* - 2150, [1995] R.J.Q. 715 (C.A) [ci-après *Droit de la famille* - 2150].

4. *Droit de la famille* - 1636, [1994] R.J.Q. 9 (C.A.).

5. *Droit de la famille* - 2509, [1996] R.D.F. 794 (C.S.).

6. *Droit de la famille* - 2150, *supra* note 3.

l'acquisition, l'entretien ou l'amélioration d'un bien du patrimoine familial ne peuvent donner lieu à quelque déduction que ce soit.<sup>7</sup>

La Cour supérieure s'était déjà prononcée dans le même sens.<sup>8</sup> Dans une autre cause, le tribunal conclut que la valeur nette du patrimoine familial n'est pas affectée par le fait qu'un des époux ait utilisé ses économies comme versement initial lors de l'achat de la résidence familiale.<sup>9</sup>

Toutefois, le professeur Ciotola se prononce en faveur de la déduction. Selon lui, le législateur n'a pas à tenir compte des autres biens que ceux du patrimoine familial puisque la valeur de ceux-ci ne fait pas l'objet d'un partage, donc il n'est pas nécessaire pour le législateur de prévoir le remploi de ces biens. Se basant sur l'objectif de la loi, soit de faire bénéficier les deux époux de la valeur des biens familiaux acquis pendant le mariage grâce aux efforts communs du couple, cet auteur opte pour l'attribution d'une déduction.<sup>10</sup>

Pour notre part, nous ne pouvons que déplorer le manque de clarté du texte à ce sujet. Il est vrai qu'au plan de l'équité, le refus de déduire les économies accumulées avant le mariage est tout à fait discutable. Par contre, il ne nous apparaît pas que le texte puisse donner lieu à une autre interprétation.

Dans l'optique où l'on refuse la déduction, on peut se demander si l'investissement des économies accumulées avant le mariage peut donner lieu à un partage inégal du patrimoine familial. Dans *Droit de la famille - 980*, le tribunal est d'avis que si le refus de déduire les économies constitue une injustice, celle-ci découle de l'application de la loi et ne peut, dans ce contexte, donner lieu à une ordonnance de partage inégal.<sup>11</sup> L'impossibilité de procéder à un partage inégal dans les cas où l'injustice découle de l'application de la loi a été confirmée par la Cour d'appel en 1994.<sup>12</sup>

---

7. *Droit de la famille - 1933*, J.E. 94-325 (C.A.) [ci-après *Droit de la famille - 1933*].

8. *Droit de la famille - 980*, [1991] R.J.Q. 1104 à la p. 1110 (C.S.) [ci-après *Droit de la famille - 980*].

9. *Droit de la famille - 1918*, [1994] R.D.F. 68 à la p. 80 (C.S.).

10. P. Ciotola, «Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles», R.D./N.S. - Doctrine - Famille, Document 2, 21 à la p. 76.

11. *Droit de la famille - 980*, *supra* note 8.

12. *Droit de la famille - 1933*, *supra* note 7.

La Cour d'appel réitère la même position en 1997. Même si la règle *ejusdem generis* s'applique à l'énumération contenue à l'article 422 C.c.Q. portant sur le partage inégal, elle ne peut servir à un refus du partage égal lorsque le seul motif du préjudice invoqué est le résultat de l'application de la loi.<sup>13</sup>

#### 4) Les biens du patrimoine familial détenus en propriété indivise par les époux

Les biens détenus en propriété indivise par les époux ne sont pas exclus du patrimoine familial et l'on doit partager la valeur de la part indivise de chacun des époux de la manière prévue par la loi.<sup>14</sup> Ainsi, les déductions prévues à l'article 418 C.c.Q. peuvent s'appliquer à un bien détenu en propriété indivise par les époux.

Lorsque chacun des époux possède une demie indivise de la résidence familiale, la valeur des deux parts est incluse dans le patrimoine familial même si l'un d'eux a fait cadeau à l'autre de la moitié de la résidence.<sup>15</sup> En effet, la Cour d'appel a établi que les donations entre époux n'ont pas pour effet d'exclure du partage le bien ayant fait l'objet de la donation.<sup>16</sup>

De plus, un immeuble acquis en indivision par les époux, à même le remploi du produit de la vente d'un bien possédé avant le mariage, fait partie du patrimoine familial et la déduction s'applique sur la part de l'époux qui la réclame.<sup>17</sup>

---

13. *Droit de la famille* - 2659, J.E. 97-963 (C.A.).

14. *Droit de la famille* - 2711, [1997] R.D.F. 454 (C.A.) ; *Droit de la famille* - 1893, [1993] R.J.Q. 2806 (C.A.) [ci-après *Droit de la famille* - 1893]; *Droit de la famille* - 1708, [1993] R.D.F. 32 (C.S.); *Droit de la famille* - 1915, [1994] R.D.F. 42 (C.S.). *Contra* : *Droit de la famille* - 1759, [1993] R.D.F. 107 (C.S.).

15. *Droit de la famille* - 1614, [1992] R.D.F. 337 (C.S.).

16. *Droit de la famille* - 1463, [1991] R.J.Q. 2514 (C.A.) [ci-après *Droit de la famille* - 1463].

17. *Droit de la famille* - 1507, [1995] R.D.F. 190 (C.A.). La Cour refuse la déduction à cause d'une question de droit transitoire et non pas sur le fait que la propriété indivise soit un obstacle à la déduction.

## **5) La déduction de la valeur d'un apport fait à même un bien reçu à titre gratuit**

On peut soustraire l'apport effectué en paiement d'un bien du patrimoine familial provenant des biens échus par succession ou donation pendant le mariage.<sup>18</sup>

Notons que le remploi d'un bien reçu à titre gratuit donne lieu à un calcul similaire de la déduction permise.<sup>19</sup>

On peut aussi déduire la plus-value qui découle de l'investissement d'un bien reçu à titre gratuit dans la même proportion que celle qui existe entre l'apport et la valeur brute du bien au moment de l'apport.<sup>20</sup>

L'époux qui réclame la déduction doit prouver la provenance de l'apport selon les règles générales de preuve en matière civile.

Rappelons que la Cour d'appel considère que les donations faites par un époux à l'autre ne sont pas exclues du partage du patrimoine car il s'agirait de soustraire de manière conventionnelle certains biens à l'application universelle de l'institution.<sup>21</sup>

## **6) La moins-value affectant les biens du patrimoine familial**

En vertu de l'article 418 C.c.Q, il faut déduire la partie de la plus-value qui découle de l'apport d'un bien reçu à titre gratuit ou possédé au jour du mariage dans un bien du patrimoine familial. Or, qu'en est-il de la moins-value? Pensons aux véhicules automobiles et aux meubles servant à l'usage du ménage, ces biens diminuent généralement en valeur avec le temps.

---

18. *Droit de la famille - 1893, supra note 14; Droit de la famille - 2016, [1994] R.D.F. 523 (C.S.).*

19. *Droit de la famille - 2711, J.E. 97-1482 (C.A.); voir aussi Droit de la famille - 1875, supra note 2.*

20. *Droit de la famille - 2447, J.E. 96-1354 (C.A.); Droit de la famille - 2198, J.E. 95-1103 (C.A.); Droit de la famille - 2383, [1996] R.D.F. 249 (C.S.)*

21. *Droit de la famille - 1463, supra note 16; Droit de la famille - 980, supra note 8; Contra : Droit de la famille - 1412, [1991] R.J.Q. 1911 (C.S.).*

En toute justice, il faut tenir compte de la dévaluation de ces biens lors du calcul du patrimoine familial. Voilà la conclusion à laquelle en sont arrivés les tribunaux.<sup>22</sup>

La même méthode de calcul est utilisée sauf qu'au lieu de déduire la plus-value en tenant compte des proportions, on additionne la moins-value en tenant compte des proportions.

**7) La dette plus élevée que la valeur du bien inclus dans le patrimoine familial**

Peut-on déduire une dette supérieure à la valeur résiduelle d'un bien qui subsiste dans le patrimoine familial? En fait, qu'arrive-t-il lorsque comme en l'espèce, le bien qui subsiste dans le patrimoine familial est affecté d'un solde négatif? Peut-on en tenir compte dans le calcul de la valeur partageable en déplaçant le solde de la dette sur un autre bien du patrimoine familial qui serait possédé par le même époux?

Les tribunaux refusent habituellement de déduire plus que la valeur du bien concerné qui subsiste dans le patrimoine familial :

«Il est maintenant établi en jurisprudence que l'on ne peut déduire plus que la valeur du bien pour en établir la valeur nette. La Cour d'appel a décidé dans le même sens relativement à la valeur partageable.»<sup>23</sup>

En effet, en 1993, la Cour d'appel constate l'existence d'une certaine controverse et se prononce en faveur du refus de déduire au complet la dette qui affecte un bien lorsqu'elle est plus élevée que la valeur résiduelle du bien en question.<sup>24</sup>

Toutefois, nous devons souligner une décision récente dans laquelle le juge Blanchet de la Cour supérieure, après avoir constaté la tendance

---

22. *Droit de la famille* - 980, *supra* note 8 à la p. 1110 (C.S.); *Droit de la famille* - 1893, *supra* note 14; *Droit de la famille* - 2122, [1995] R.D.F. 61 à la p. 65 (C.S.).

23. *Droit de la famille* - 2238, [1995] R.D.F. 444 à la p. 447 (C.S.).

24. *Droit de la famille* - 1893, *supra* note 14.

majoritaire des tribunaux, s'inscrit tout de même en marge de la jurisprudence et se prononce en faveur d'une déduction équivalente à la dette qui subsiste sur le bien.<sup>25</sup> Le juge Blanchet se base notamment sur les propos du juge Brossard de la Cour d'appel dans un arrêt de 1995:

«Cette conclusion ne règle cependant pas nécessairement la question subsidiaire susceptible de se poser si le bien existe encore à la date du partage mais ayant une valeur inférieure au solde de la dette contractée pour son acquisition[...]. La rédaction de l'article 462.3 étant à l'effet que la dette doit être déduite de «la valeur du patrimoine familial» sans distinction, une telle dette, comme en l'instance, devrait-elle être déduite au complet de la valeur globale de l'actif ou jusqu'à concurrence seulement de la valeur résiduaire du bien pour l'acquisition, l'amélioration ou l'entretien duquel elle aurait été contractée ?

La question reste entière mais, comme les faits en l'instance ne la soulèvent pas, comme telle, il n'est pas nécessaire d'y répondre pour disposer du pourvoi.»<sup>26</sup>

Se basant notamment sur cette affirmation à l'effet que la question n'est pas définitivement réglée, le juge Blanchet de la Cour supérieure se prononce ainsi :

«D'abord, au plan grammatical et sémantique, rien dans le texte des articles 416 et 417 C.C.Q. ne limite la déduction à la valeur du bien auquel la dette se rattache. L'article 417 se limite plutôt à énoncer que la valeur nette du patrimoine familial s'établit en fonction de la valeur des biens qui le composent «et des dettes contractées» pour leur acquisition, amélioration, entretien ou réparation. Par ailleurs, cette même disposition invite à effectuer le calcul de la déduction à partir de la valeur du «patrimoine familial», vu comme un ensemble, plutôt qu'en fonction de la valeur du bien spécifique auquel chaque dette serait rattachée. Enfin, au plan de l'équité comme à celui de la logique, l'intention du législateur ne peut être de sanctionner les

---

25. *Droit de la famille* - 2616, [1997] R.J.Q. 917 (C.S.) [ci-après *Droit de la famille* - 2616]; *Droit de la famille* - 2840, [1997] R.D.F. 865 (C.S.).

26. *Droit de la famille* - 2245, [1995] R.J.Q. 2008 à la p. 2012 (C.A.).



lourdes injustices auxquelles pourraient conduire une application trop restrictive des articles 416 et 417 C.c.Q.»<sup>27</sup>

Cette décision constitue-t-elle un cas isolé ou pourra-t-elle entraîner une remise en cause de la position de la Cour d'appel? Il sera intéressant de surveiller l'évolution de la jurisprudence à ce sujet. Pourrait-on prétendre que si l'interprétation des dispositions législatives telles qu'elles sont rédigées ne permet pas de déduire la dette au complet, le solde négatif pourrait donner lieu à une prestation compensatoire à l'époux qui doit assumer seul une dette, surtout si celle-ci a été contractée pour l'usage de la famille? Rappelons que les articles 396 et 397 C.c.Q entraînent pour les époux l'obligation de contribuer tous les deux en proportion de leurs facultés respectives aux dettes contractées pour les besoins courants de la famille et qu'il s'agit, dans ce cas, d'une obligation solidaire.

Cependant, les tribunaux se montrent très prudents en ce qui concerne l'attribution d'une prestation compensatoire fondée sur l'enrichissement d'un époux découlant de l'application des règles du patrimoine familial.<sup>28</sup> En effet, il ne faudrait pas non plus que la prestation compensatoire devienne une forme déguisée de partage inégal.

## **8) La déduction des charges fiscales affectant un bien du patrimoine familial**

Les aspects civils du patrimoine familial sont prévus au *Code civil du Québec*. Toutefois, à cause des conséquences entraînées par l'application des lois fiscales, il faut tenir compte de ces considérations lors de l'établissement et du paiement de la créance résultant du patrimoine familial.

---

27. *Droit de la famille* - 2616, *supra* note 25 à la p. 922.

28. *Droit de la famille* - 980, *supra* note 8 à la p. 1113.

a) *L'impôt à considérer au moment de l'établissement de la créance résultant du patrimoine familial*

Pourquoi tenir compte de l'incidence fiscale? Prenons un exemple. Madame possède un REÉR de 80 000 \$ et monsieur est propriétaire de la résidence familiale ayant également une valeur de 80 000 \$; il s'agit des seuls biens du patrimoine familial. Sans tenir compte de l'impact fiscal, il n'y aura aucun partage de la valeur du patrimoine familial puisque la créance en résultant est nulle. S'agit-il d'un partage égal? Madame conserve son REÉR de 80 000 \$; si elle retire cette somme de son REÉR, elle devra acquitter un impôt sur ce retrait. En effet, les sommes qui s'accumulent à l'intérieur d'un REÉR n'ont jamais été imposées. Si le taux d'imposition de madame, fédéral-provincial combinés, est de 40%, elle paiera 32 000 \$ d'impôt. La valeur nette des biens composant le patrimoine après impôt est plutôt de 48 000 \$.

Quant à monsieur, il conserve sa résidence d'une valeur de 80 000 \$. S'il vend cette résidence et que toutes les conditions exigées par la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>29</sup> sont rencontrées, il ne paiera aucun impôt sur le gain en capital réalisé à la disposition de la résidence. Dans ce cas, il conserve donc une valeur nette après impôt de 80 000 \$. Cet exemple démontre que les incidences fiscales peuvent dans certains cas provoquer, d'une manière indirecte, un partage inégal; ce qui est contraire au principe du partage égal de la valeur des biens composant le patrimoine familial. Quelle est l'opinion des tribunaux à ce sujet ?

La réponse réside dans l'interprétation de l'article 417 C.c.Q. qui indique que seules les «dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens [...]» peuvent être considérées au moment de l'établissement de la créance. Est-ce que cette liste peut comprendre les dettes fiscales?

---

29. *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), c. 1 [ci-après L.I.R.]

Jusqu'en 1996, les tribunaux ont le plus souvent tenté d'éviter de se prononcer sur cette question.<sup>30</sup> En 1990, madame le juge Louise Mailhot mentionnait en *obiter*:

«La date retenue pour le partage a un impact aussi pour le calcul de l'imposition de tout gain de capital dont on tiendra compte pour calculer la valeur nette du patrimoine. Par exemple, le gain de capital sur une résidence secondaire incluse dans le patrimoine familial peut être sujet à impôt.»<sup>31</sup>

Dans l'affaire *Droit de la famille - 1747*,<sup>32</sup> l'époux alléguait qu'il fallait déduire une dette fiscale de la valeur de son REÉR correspondant à son taux d'imposition de 48%. Monsieur le juge Chabot conclut :

«...[l']incidence fiscale ne devrait entrer en ligne de compte que lors de l'exécution du partage, si l'exécution du partage entraîne la liquidation du régime de retraite ou du REER, car les conjoints n'acquièrent pas de droit de propriété dans les biens constituant le patrimoine familial du fait du mariage, mais uniquement un droit de créance sur la *valeur* du patrimoine familial.»<sup>33</sup>

Dans cette décision, le juge n'a donc pas tenu compte de la charge fiscale tel que le demandait l'époux; il ordonne cependant le partage en nature du REÉR, soit un transfert par roulement de sommes du REÉR de l'époux au REÉR de l'épouse.

En agissant ainsi, il n'est pas nécessaire de prendre en compte la charge fiscale puisque chacun des époux possède la moitié des sommes accumulées dans les REÉR durant le mariage. Chaque époux paiera les impôts lorsqu'il ou

---

30. La doctrine s'est prononcée en faveur de la prise en compte de l'incidence fiscale. À cet effet, voir : D. Bruneau et R. Chagnon, «Aspects fiscaux de la Loi favorisant l'égalité économique des époux» (1989) 2 C.P. du N. aux pp. 207-209; S. Lacroix, «Évaluation des biens lors du partage du patrimoine familial : comment tenir compte de l'impact fiscal?» (1993) 15 R.P.F.S. 851.

31. *Droit de la famille - 713*, [1990] R.J.Q. 2115 à la p. 2123 (C.A.).

32. *Droit de la famille - 1747*, [1993] R.D.F. 227 (C.S.).

33. *Ibid.* à la p. 230.

elle retirera des sommes de son REÉR. Plusieurs autres jugements abondent dans le même sens.<sup>34</sup>

En 1996, dans un jugement détaillé, monsieur le juge Jean-Pierre Senécal analyse la problématique de l'impact fiscal relié à un bien du patrimoine familial et il en vient à la conclusion que la dette fiscale est une dette déductible au sens des articles 416 et 417 C.c.Q. :

«Pour sa part, le présent tribunal est d'avis que la dette reliée à la disposition d'un bien du patrimoine familial, et donc la dette d'impôt ou, selon le cas, la «charge» fiscale ou, plus exactement, la dette fiscale latente, fait partie des dettes devant être prises en compte dans le partage du patrimoine familial. C'est une dette implicitement visée aux articles 416 et 417 C.c.Q. Si l'on veut se rattacher au strict libellé de ces articles, la dette consécutive à la disposition d'un bien est une dette qui découle de l'«acquisition» et la «conservation» du bien. Ce serait un non-sens et une source claire d'injustice qu'il n'en soit pas ainsi.»<sup>35</sup>

Le juge Senécal tempère toutefois cette règle :

«Mais il ne peut en être ainsi que si la dépense est réellement encourue ou qu'il est prévisible et probable qu'elle le sera dans un avenir prochain. Si tel n'est pas le cas, le tribunal doit apprécier selon les circonstances si elle doit être prise en considération et dans quelle mesure».<sup>36</sup>

En statuant que la charge fiscale liée à un bien du patrimoine familial est une dette déductible de la valeur brute du patrimoine au même titre que les autres dettes mentionnées à l'article 417 C.c.Q., le juge Senécal permet dans les faits de respecter le but de la législation, soit un partage égal de la valeur nette des biens composant le patrimoine familial.

---

34. À titre d'exemples, voir *Droit de la famille - 2028*, [1994] R.D.F. 544 (C.S.); *Droit de la famille - 2141*, [1995] R.D.F. 131 (C.S.); *Droit de la famille - 2550*, [1996] R.D.F. 875 (C.S.); *Droit de la famille - 2631*, [1997] R.J.Q. 1307 (C.S.).

35. *Droit de la famille - 2384*, [1996] R.D.F. 410 (C.S.) [ci-après *Droit de la famille - 2384*].

36. *Ibid.*

b) *La prise en compte des charges fiscales affectant les biens du patrimoine familial*

Dans le cas sous étude, seuls les résidences et le REÉR ont une incidence fiscale potentielle. Examinons chacun de ces biens.

**Les résidences.** La *Loi de l'impôt sur le revenu* permet d'exempter une partie ou la totalité du gain en capital réalisé à la vente d'une résidence principale. Pour bénéficier de cette exemption, plusieurs conditions doivent être rencontrées. À titre d'exemples, une seule résidence par famille peut bénéficier de l'exemption, la résidence doit avoir été normalement habitée par le propriétaire, son conjoint ou un enfant du propriétaire, le propriétaire doit résider au Canada pour toutes les années où il entend bénéficier de l'exemption.<sup>37</sup>

Dans notre cas, Lucille et Jean-Guy conviennent que la résidence bénéficiera de l'exemption; il n'y a donc aucune charge fiscale à comptabiliser sur celle-ci.

La plus-value acquise par le chalet durant la vie commune sera cependant imposée entre les mains de Lucille lorsqu'elle en disposera. Les époux *s'entendent* pour établir la charge fiscale tout comme si Lucille vendait le chalet aujourd'hui. Dans l'éventualité où Lucille avait l'intention de conserver le chalet encore quelques années, il faudrait, à notre avis, réduire la charge fiscale affectant le chalet et ce, pour tenir compte que l'impôt n'est pas payé immédiatement.<sup>38</sup>

**Les REÉR.** Afin d'éviter la problématique relative à la charge fiscale affectant les sommes accumulées dans un REÉR, il est conseillé d'égaleriser les REÉR entre les deux époux tel que les tribunaux le font présentement.<sup>39</sup>

---

37. Pour plus de détails, voir A.-M. Boucher, «L'exemption du gain en capital pour résidence principale» (1996) 44 2 R.F.C. 348. Voir aussi le Bulletin d'interprétation IT-120R4, *Résidence principale*, Revenu Canada Impôt, 26 mars 1993.

38. À ce sujet, nous référons le lecteur à la cause *Droit de la famille - 2384*, *supra* note 35. Voir aussi Lacroix, *supra*, note 30.

39. Voir les explications à la section 8) a).

**9) L'impact fiscal du paiement de la créance résultant du patrimoine familial.**

Dans le cas d'un divorce, le paiement en argent de la créance résultant du patrimoine familial n'engendre pas d'incidence fiscale, alors que le transfert d'un bien peut en entraîner pour l'un ou l'autre des époux. En effet, le transfert de propriété d'un bien en paiement de la créance entraîne une disposition de ce bien pour fins fiscales. Cette disposition peut faire l'objet d'un roulement entre conjoints,<sup>40</sup> ce qui a pour effet de reporter l'impact fiscal entre les mains du conjoint créancier lorsque celui-ci disposera à son tour du bien. Dans un tel cas, la plus-value du bien accumulée depuis son acquisition par l'époux débiteur jusqu'à la disposition par l'époux créancier sera imposée entre les mains de ce dernier. Prenons un exemple.

**Exemple :** madame doit à monsieur une somme de 50 000 \$ en paiement de la créance résultant du patrimoine. Ils conviennent que madame transférera à monsieur le chalet ayant un coût d'acquisition pour madame de 20 000 \$ et une valeur marchande actuelle de 50 000 \$.<sup>41</sup> En transférant le chalet, Madame bénéficie du roulement du paragraphe 73(1) L.I.R., elle est donc réputée avoir disposé du chalet à son coût d'acquisition, soit 20 000 \$. Monsieur, quant à lui, est réputé avoir acquis le chalet pour une somme de 20 000 \$. S'il revend le chalet quelques mois plus tard pour une somme de 50 000 \$, il réalisera un gain en capital de 30 000 \$ dont les trois quarts (22 500 \$) devront être ajoutés à ses revenus de l'année. Si son taux d'imposition est de 40%, il devra payer 9 000 \$ d'impôts. Il a donc reçu une valeur après impôts de 41 000 \$.

---

40. L.I.R., *supra* note 29 art. 73(1).

41. Dans notre exemple, nous tenons pour acquis que le gain en capital accumulé sur le chalet ne peut être exempté puisqu'une autre résidence avait bénéficié de l'exemption pour les mêmes années.

Cet exemple démontre bien la nécessité de tenir compte de l'incidence fiscale lors du paiement de la créance du patrimoine familial car en plus de transférer la propriété du bien, madame a transféré à monsieur l'impact fiscal<sup>42</sup> lié à ce bien. Était-ce vraiment leur intention?<sup>43</sup>

---

42. Pour des exemples détaillés de l'impact fiscal des transferts de biens, voir Lacroix, *supra* note 30.

43. À noter que l'auteur du transfert peut exercer le choix de ne pas rouler le bien à son conjoint. Dans ce cas, il assume immédiatement l'impôt sur le gain en capital imposable accumulé à la date du transfert.

**Partie III**  
**HYPOTHÈSES DE SOLUTION**  
**Aspects civils**

			Lucille	Jean-Guy
<b>1) La résidence familiale</b>				x
<i>1<sup>re</sup> Hypothèse<sup>44</sup></i>				
Valeur marchande bien 2		180 000		
Dette		(60 000)		
Valeur nette du bien 1 au mariage (valeur marchande - dette)		(40 000)		
Plus-value du bien 1 pendant le mariage	x	$\frac{\text{Valeur nette au mariage}}{\text{Valeur brute au mariage}}$		
30 000	x	$\frac{40\,000}{60\,000}$	(20 000)	
Plus-value du bien 2	x	$\frac{\text{Dédutions accordées sur le bien 1}}{\text{Prix achat du bien 2}}$		
20 000	x	$\frac{60\,000}{160\,000}$	(7 500)	
<b>Valeur partageable</b>		<b>52 500</b>		<b>52 500</b>

44. Bien 1 : maison de la rue Dufferin.  
 Bien 2 : maison de la rue Portland.



		Lucille	Jean-Guy
<i>2<sup>e</sup> Hypothèse</i>			
Lucille a droit aux déductions prévues à l'article 418 C.c.Q. concernant la maison de la rue Dufferin ainsi qu'à la moitié de la valeur partageable de la maison de la rue Portland			
40 000 + 20 000 + 7 500 + 26 250 =	93 750		
<b>2) Le chalet</b>		x	
Valeur marchande	80 000		
Dette	(0)		
Déduction à 418 C.c.Q.	(0)		
<b>Valeur partageable</b>	80 000	80 000	
<b>3) Les meubles</b>		1/2 x	1/2 x
a) Part indivise appartenant à Jean-Guy			
Valeur marchande	6 000		
Dette	(0)		
<b>Valeur partageable</b>	6 000		6 000
b) Part indivise appartenant à Lucille			
Valeur marchande	6 000		
Dette	(0)		

			Lucille	Jean-Guy
Déductions à 418 C.c.Q.				
- Apport	(6 000)			
+ La moins x		<u>Apport</u>		
value		V.B. lors de l'apport		
6 000 x	<u>6 000</u>	3 000		
	12 000			
<b>Valeur partageable</b>	<b>3 000</b>	<b>3 000</b>		
<b>4) La voiture de Jean-Guy</b>				
La voiture utilisée par Jean-Guy n'est pas un bien inclus dans le patrimoine familial puisqu'elle n'est pas la propriété de l'un des époux (art. 415 C.c.Q.)				
				x
<b>5) La voiture de Lucille</b>				
Valeur marchande	10 000		x	
Dette	(12 000)			
<b>Valeur partageable<sup>45</sup></b>	<b>0</b>			<b>0</b>

45. Pour de plus amples informations concernant les deux thèses qui s'opposent à ce sujet, voir à la section 7).

		Lucille	Jean-Guy
<b>6) Le REÉR de Lucille</b>		x	
Valeur marchande	40 000		
Dette	(0)		
<b>Valeur partageable</b>	<u>40 000</u>	40 000	
<b>TOTAL</b>		<b>123 000</b>	<b>58 500</b>

Lucille doit à Jean-Guy la moitié de la différence soit :  
 $(123\,000 - 58\,500) = 64\,500 \div 2 = 32\,250 \$$

**Partie IV**  
**HYPOTHÈSES DE SOLUTION**  
**Aspects fiscaux**

		Lucille	Jean-Guy
<b>1) La résidence familiale</b>			x
<i>1<sup>re</sup> Hypothèse<sup>46</sup></i>			
Valeur marchande bien 2	180 000		
Dette	(60 000)		
Valeur nette du bien 1 au mariage (valeur marchande - dette)	(40 000)		
Plus-value du bien 1 pendant le mariage	x $\frac{\text{Valeur nette au mariage}}{\text{Valeur brute au mariage}}$		
30 000	x $\frac{40\,000}{60\,000}$	(20 000)	
Plus-value du bien 2	x $\frac{\text{Dédutions accordées sur le bien 1}}{\text{Prix achat du bien 2}}$		
20 000	x $\frac{60\,000}{160\,000}$	(7 500)	
Charge fiscale <sup>47</sup>	(0)		
<b>Valeur partageable</b>	<b>52 500</b>		<b>52 500</b>

46. Bien 1 : maison de la rue Dufferin.  
 Bien 2 : maison de la rue Portland.

47. Les époux ont convenu que la résidence bénéficiera de l'exemption de résidence principale.

*2<sup>e</sup> Hypothèse*

Lucille a droit aux déductions prévues à l'article 418 C.c.Q. concernant la maison de la rue Dufferin ainsi qu'à la moitié de la valeur partageable de la maison de la rue Portland

$$40\,000 + 20\,000 + 7\,500 + 26\,250 = 93\,750$$

**2) Le chalet**

Valeur marchande	80 000
Dette	(0)
Déduction à 418 C.c.Q.	(0)
Charge fiscale <sup>48</sup>	(12 000)

<b>Valeur partageable</b>	<b>68 000</b>
---------------------------	---------------

Lucille	Jean-Guy
---------	----------

x

**3) Les meubles**

a) Part indivise appartenant à Jean-Guy

Valeur marchande	6 000
Dette	(0)
Charge fiscale	(0)

<b>Valeur partageable</b>	<b>6 000</b>
---------------------------	--------------

1/2 x

1/2 x

6 000

48. Gain en capital = 40 000 \$, le gain en capital imposable = 30 000 \$  
 Impôt = 30 000 x 40% = 12 000.

		Lucille	Jean-Guy
b) Part indivise appartenant à Lucille			
Valeur marchande	6 000		
Dette	(0)		
Déductions à 418 C.c.Q.			
- Apport	(6 000)		
+ La moins x			
value	<u>Apport</u>		
	V.B. lors de l'apport		
6 000 x	<u>6 000</u>		
	12 000		
Charge fiscale	(0)		
<b>Valeur partageable</b>	<b>3 000</b>	<b>3 000</b>	
<b>4) La voiture de Jean-Guy</b>			
La voiture utilisée par Jean-Guy n'est pas un bien inclus dans le patrimoine familial puisqu'elle n'est pas la propriété de l'un des époux (art. 415 C.c.Q.)			x
<b>5) La voiture de Lucille</b>			
Valeur marchande	10 000	x	
Dette	(12 000)		
Charge fiscale	(0)		
<b>Valeur partageable</b>	<b>0</b>		<b>0</b>

		Lucille	Jean-Guy
<b>6) Le REÉR de Lucille</b>		x	
Valeur marchande <sup>49</sup>	40 000		
<b>Total en excluant les REÉR</b>		<b>71 000</b>	<b>58 500</b>

Lucille doit à Jean-Guy la moitié de la différence soit :  
 $(71\,000 \$ - 58\,500 \$) \div 2 = 6\,250 \$ + 20\,000 \$ \text{ REÉR.}$

## CONCLUSION

Comme on peut le constater, les tribunaux ont apporté des solutions à plusieurs problématiques soulevées par l'adoption des règles sur le partage du patrimoine familial. Toutefois, nous ne pouvons pas considérer ces solutions comme définitives puisque la jurisprudence est parfois contradictoire.

Plusieurs des questions soulevées devant les tribunaux sont attribuables à l'ambiguïté des articles du Code civil du Québec à ce sujet. De plus, le défaut du législateur de prendre en compte de manière expresse l'impact fiscal lors du calcul et du paiement de la créance entraîne parfois des contradictions déplorables entre les différentes décisions des tribunaux, ce qui peut avoir notamment pour effet de diminuer la confiance des citoyens envers le système judiciaire.

---

49. Les époux conviennent de partager le REÉR également, soit par le transfert d'une somme de 20 000 \$ du REÉR de Lucille au REÉR de Jean-Guy.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LE FÉDÉRALISME DE DEMAIN : RÉFORMES ESSENTIELLES

**Auteur(s) :** René PÉPIN

**Revue :** *RDUS*, 1997-1998, volume 28, numéro 1-2

**Pages :** 285-288

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12743>



*Page vide laissée intentionnellement.*

## LE FÉDÉRALISME DE DEMAIN : RÉFORMES ESSENTIELLES\*

par René PEPIN\*\*

Voici un volume très intéressant. Il s'agit des actes d'un colloque tenu en août 1997 à l'Université d'Ottawa, sous la coprésidence de Gérard-A. Beaudoin et de Gordon Robertson. Il a réuni des juristes et politologues qui se sont rationnellement, et sans parti pris, penchés sur les problèmes constitutionnels de leur pays. La lecture des textes est rafraîchissante, surtout quand on la compare aux discours des politiciens qui se contentent presque toujours de formules vagues ou ambiguës à dessein, ou, pire, font appel aux sentiments les moins nobles des gens pour les gagner à leur cause. Le texte introductif explique que l'expression «réformes essentielles» ne signifie pas que le Canada ne peut continuer à exister sans certaines réformes, mais que des secteurs de la constitution comportent des failles qui peuvent éventuellement compromettre la survie du pays. Les textes sont articulés autour de six grands thèmes : le partage des pouvoirs, la flexibilité du fédéralisme, la société distincte, la réforme du Sénat, la formule d'amendement et la question autochtone.

Le premier thème est introduit par Roger Tassé. Il fait bien voir que le partage des compétences législatives contenu dans la Loi constitutionnelle de 1867 est assez vite apparu inadéquat face aux nouvelles responsabilités que les gouvernements ont assumées depuis la dépression économique des années '30. Les tribunaux ont cherché à résoudre ces difficultés avec les moyens dont ils disposaient, mais c'est par le pouvoir fédéral de dépenser que le principe du partage étanche des pouvoirs a été contourné, pour créer tout un enchevêtrement de domaines où se côtoient les deux ordres de gouvernement. Il identifie une liste de sujets qui devraient se retrouver dans une répartition plus complète des pouvoirs. Pour décider à qui devrait être

---

\*, G.-A. Beaudoin, J.E. Magnet, B. Pelletier, G. Robertson, J. Trent, *Le Fédéralisme de demain : réformes essentielles / Federalism for the Future : Essential Reforms*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1998, 419 p.

\*\*, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

octroyé un pouvoir législatif, il propose d'utiliser un critère fonctionnel, où les rôles et responsabilités respectifs des gouvernements seraient définis en fonction d'objectifs de services aux citoyens. Il suggère enfin d'élargir le domaine des compétences concurrentes.

Parmi les autres textes portant sur le premier thème, celui de Jacques Frémont nous a semblé particulièrement intéressant. Il montre que dans les derniers 15 ans la Cour suprême du Canada a modifié sa position sur plusieurs compétences fédérales, donnant plus de latitude encore au parlement fédéral. Il s'agit de la théorie des dimensions nationales, de la clause de commerce (l'art. 91(2)), de l'article 121 sur le marché commun, et de l'expansion de la règle de la prépondérance fédérale en cas de conflit entre deux lois valides. À son avis cette logique centralisatrice mène à un certain paradoxe. Au niveau international, elle permet certes au Canada de mieux tirer son épingle du jeu dans un contexte de mondialisation des échanges, mais à l'intérieur du pays elle peut être contre-productive en empêchant les provinces de se livrer compétition entre elles au point de vue économique.

Le deuxième thème porte sur la flexibilité du fédéralisme, c'est-à-dire comment il s'adapte par des voies souvent non juridiques aux réalités de la conjoncture politique du moment. On y voit que le «silence bienfaisant de la constitution» a permis aux forces politiques de se déployer avec beaucoup plus de souplesse qu'un observateur non-averti pourrait croire. Le texte du professeur Magnet est particulièrement instructif. Il explicite tous ces mécanismes qui font que le système politique et juridique du Canada n'est pas emprisonné dans une camisole de force. Il traite notamment des amendements constitutionnels *de facto* opérés tantôt par l'interprétation des tribunaux (qui ont par exemple enlevé presque toute limite aux pouvoirs provinciaux de taxation), par la modification de conventions constitutionnelles, par l'exercice de compétences dans des domaines considérés conjoints suite à des ententes politiques, par les accords relatifs au pouvoir de dépenser qui ont fait que plusieurs transferts fédéraux sont devenus non conditionnels, par les délégations de pouvoirs dites obliques (pensons à la gestion des aéroports) et finalement par la possibilité pour une province de se retirer avec compensation de grands programmes nationaux.

Il prend aussi le temps d'étudier au mérite les critiques, venant surtout du Québec, de ces «arrangements» administratifs.

Le troisième thème, sur la société distincte, peut sembler moins intéressant pour le juriste. Il comporte deux textes principaux produits par les professeurs Trent et Mendes, deux politologues. Par contre, il est en réalité captivant. Les deux textes mentionnés précédemment expliquent dans le menu détail la saga des tentatives de modification constitutionnelles qu'ont été les accords du lac Meech et de Charlottetown. Ils analysent aussi le contenu de la «déclaration de Calgary». Ils montrent comment ont été créées deux «vaches sacrées», d'un côté le concept de société distincte pour le Québec, et pour le reste du Canada, les principes d'égalité des personnes et des provinces. Ils nous aident à mieux comprendre les défis auxquels feront face, à l'avenir, ceux et celles qui voudraient entreprendre des réformes de la constitution formelle.

La réforme du Sénat fait l'objet du quatrième thème. Les commentateurs, surtout Gordon Robertson, ancien greffier du Conseil privé, rappellent que dans une fédération, un Sénat peut jouer un rôle important en donnant voix aux régions moins peuplées et aux groupes linguistiques minoritaires. À la Chambre des communes, selon cet auteur la discipline de parti et la concentration du pouvoir entre les mains du cabinet font qu'ils ne peuvent être adéquatement représentés. Il y a aussi le problème que les sénateurs actuels ne peuvent prétendre parler au nom de qui que ce soit vu que leur nomination est exclusivement l'affaire des autorités fédérales. Les auteurs proposent une série de modifications au Sénat canadien pour lui permettre de mieux jouer son rôle, en abordant des questions complexes, comme la conciliation entre le principe de gouvernement responsable et un Sénat ayant des pouvoirs réels, et ses pouvoirs vis-à-vis les projets de loi à incidence financière.

Suit le cinquième thème, soit la question de la procédure de modification de la constitution. Le texte principal est produit par Benoît Pelletier, de l'Université d'Ottawa. Il est une personne toute désignée pour nous faire part de ses vues sur le sujet puisqu'il a publié en 1996 une

monographie fort remarquable sur cette question. Encore ici, l'intérêt de son texte vient du fait qu'il n'est pas limité à une description de l'état du droit. Il nous explique les forces et les faiblesses de la formule actuelle d'amendement, et nous livre ses propositions pour l'améliorer. Il ne traite pas du contenu de la réforme constitutionnelle elle-même, mais des modalités de nature technique qui rendent possible la modification de la constitution du Canada, ou en d'autres termes, la marche à suivre pour la concrétisation d'un projet de réforme constitutionnelle. Il montre que ce qui rend la procédure actuelle de modification constitutionnelle hasardeuse et difficile ne tient pas juste au libellé des textes existants, mais aussi aux trois éléments suivants : les partenaires fédératifs possèdent des intérêts divergents, il y a un mur d'incompréhension entre le Québec et le reste du Canada, et la volonté politique est chancelante en matière de réforme constitutionnelle. Il traite aussi de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* adoptée en 1996 par le parlement fédéral, qui est susceptible d'avoir un impact non-négligeable sur la mise en œuvre de la procédure établie par la Loi constitutionnelle de 1982.

Le dernier sujet, qui fait l'objet du sixième thème, est celui de la question autochtone. Il est introduit par René Dussault, qui est particulièrement bien placé pour en traiter, vu qu'il a co-présidé la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones. Cette commission a recommandé une modification en profondeur de la nature des rapports entre les peuples autochtones et le Canada. Elle a également rejeté l'idée selon laquelle leur relation avec le Canada était celle de la doctrine du «fédéralisme de traité», selon laquelle les traités constituent leur seul acte d'union avec notre pays. Les commissaires ont conclu qu'il était plus réaliste et pratique de s'orienter vers la reconnaissance d'un ordre de gouvernement autochtone. Il faudrait donc reconnaître pour ces Canadiens le droit à l'autodétermination et le droit constitutionnel à l'autonomie gouvernementale. Suivent des textes sur la situation constitutionnelle des peuples autochtones et leur droit «inhérent» à l'autonomie gouvernementale, qui constituent une bonne vue à vol d'oiseau de cette problématique.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA PLACE DE LA FAMILLE EN DROIT QUÉBÉCOIS

**Auteur(s) :** Carmen LAVALLÉE

**Revue :** *RDUS*, 1997-1998, volume 28, numéro 1-2

**Pages :** 291-296

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12744>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## LA PLACE DE LA FAMILLE EN DROIT QUÉBÉCOIS\*

par Carmen LAVALLÉE\*\*

La famille a subi des transformations sociales très importantes au cours des dernières années et les modifications législatives en droit familial se sont succédé à un rythme effarant. Pensons à la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*<sup>1</sup>, aux lignes directrices en matière de fixation des pensions alimentaires pour les enfants<sup>2</sup>, aux amendements apportés à la *Loi sur le divorce*<sup>3</sup> et à la mise en place d'un service parallèle de médiation familiale<sup>4</sup>. Toutefois, ces réformes concernent les conséquences de la rupture de la cellule familiale et masquent, dans une certaine mesure, le peu de soutien accordé à l'institution pendant la vie commune de ses membres. Devant le nombre de divorces qui ne cessent d'augmenter, le faible taux de natalité et le désintérêt marqué des citoyens à l'égard du mariage, il est opportun de se questionner sur la place et l'importance que l'on accorde à la famille au sein de la société québécoise.

Dans cette optique, la Fondation Charles-Coderre pour l'avancement du droit social a invité les participants et participantes au concours de l'année 1995 à s'interroger sur cette question de la façon suivante :

«Le nouveau *Code civil du Québec* et diverses lois particulières énoncent de différentes manières que la famille constitue encore aujourd'hui un élément fondamental de notre société et ce, en dépit des diverses transformations sociologiques auxquelles elle a dû

- 
1. Prix Charles-Coderre 1995, *La Place de la famille en droit québécois*, Sherbrooke, Les Éditions R.D.U.S., 1996, 203 p.
  2. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
  1. *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, L.Q. 1995, c. 18.
  2. *Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, L.Q. 1996, c. 68.
  3. *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et la Loi sur la marine marchande au Canada*, L.C. 1997, c. 1.
  4. *Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code*, L.Q. 1997, c. 42.



s'ajuster. Mais, y a-t-il des droits reconnus à la famille comme entité ou est-ce que la somme des droits individuels de ses membres font en sorte qu'est préservé ce noyau de développement des individus dans notre société?<sup>5</sup>»

Parmi les textes soumis, trois ont été retenus. Les lauréates du premier prix, Christine Loubier et Claudia Proulx, étudiantes à l'Université de Sherbrooke, ont choisi d'aborder la question sous deux angles : la fonction de la famille à l'égard de la société et de ses membres et l'analyse de l'organisation législative de la famille dans les relations entre ses membres.

La première partie traite du rôle de la famille dans la société québécoise. Après avoir discuté, très brièvement, de la place de la famille dans la communauté, les auteures abordent le rôle de l'institution à l'égard des enfants par l'étude de l'autorité parentale et de la tutelle légale.

Le titre deux traite du paradoxe auquel nous a conduit la reconnaissance croissante des droits des mineurs parfois au détriment des devoirs parentaux. Bien que le nouveau Code civil du Québec ait maintenu le principe de l'incapacité juridique du mineur, les dérogations sont dorénavant nombreuses particulièrement en ce qui concerne le mineur de quatorze ans et plus. Qu'il s'agisse du droit de consentir seul aux soins requis par son état de santé, des décisions relatives à l'éducation ou aux actes patrimoniaux, on constate que l'exercice de l'autorité parentale est encadré plus que jamais, tant et si bien que les auteures s'interrogent à savoir s'il est encore possible de l'exercer adéquatement dans ce contexte.

Dans la deuxième partie, elles évaluent la place de la famille au sein de plusieurs lois québécoises. Elles concluent que l'on accorde à la famille «ni personnalité juridique, ni patrimoine propre, ni droits civils»<sup>6</sup>. Ainsi, la reconnaissance de la famille serait beaucoup plus sociale que juridique.

---

5. Fondation Charles-Coderre, *La place de la famille en droit québécois : 1995, Prix Charles-Coderre pour l'avancement du droit social*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1996.

6. *Ibid.* à la p. 42.

Finalement, elles comparent le système québécois à celui de la France. Elles constatent que le législateur français est beaucoup moins enclin à accorder des dérogations à l'incapacité juridique du mineur puisque le consentement parental est la règle sauf en ce qui concerne la possibilité pour le mineur d'utiliser des contraceptifs et le dépistage anonyme des maladies transmissibles sexuellement<sup>7</sup>. On comprend que des objectifs de protection de la santé publique justifient l'exercice de ces libertés par le mineur. Cette démarche de droit comparé les conduit à faire deux propositions particulières afin de raffermir le rôle de la famille au Québec. D'une part, il faudrait, selon elles, réévaluer, à la lumière du droit français, les droits accordés au mineur lorsqu'ils entrent en conflit avec les devoirs parentaux<sup>8</sup>. D'autre part, il faudrait accroître l'importance juridique de la famille en lui attribuant des droits collectifs pouvant lui conférer une protection particulière<sup>9</sup>.

En conclusion, les auteures constatent que la prééminence des droits individuels a eu pour conséquence de créer une distorsion entre le rôle fondamental que l'on veut confier à l'institution et la marge de manoeuvre très faible qu'on lui laisse pour le remplir<sup>10</sup>.

Le texte présente l'avantage de situer la question dans un contexte à la fois juridique et social. L'idée de concevoir la famille comme une entité possédant des droits qui lui seraient propres n'est pas nouvelle, mais elle est envisagée ici d'une manière intéressante.

Les lauréates du deuxième prix sont elles aussi étudiantes à l'Université de Sherbrooke. Julie Bellemare et Mélanie Camiré traitent, pour leur part, le sujet en trois temps. La première partie est consacrée au rôle attendu de la famille à travers les lois québécoises. Elles abordent, en premier lieu, le rôle de la famille vis-à-vis ses membres et la société. Elles analysent donc les thèmes traditionnels de l'autorité parentale, de la tutelle et de la filiation. Le titre deux porte sur l'ingérence grandissante de l'État qui se substitue, à maints égards, à la famille comme régulateur des relations familiales. Les auteures illustrent

---

7. *Ibid.* à la p. 49.

8. *Ibid.* à la p. 54

9. *Ibid.* à la p. 55

10. *Ibid.* à la p. 57.

leurs pensées au moyen de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, de la réglementation concernant l'éducation et le travail, et plus particulièrement par l'encadrement de l'autorité parentale par le *Code civil du Québec*.

Elles poursuivent, dans la deuxième partie, en analysant plus à fond les conséquences, sur la famille, de l'intervention de l'État qui vient récemment d'accorder des droits individuels plus importants aux mineurs. Il s'agit, selon les auteures de «l'une des difficultés majeures de la législation québécoise puisque la multitude des droits accordés aux mineurs a amené la relativisation trop poussée de l'autorité des parents, ce qui a entraîné, par voie de conséquence, une «déresponsabilisation» inquiétante de leur part»<sup>11</sup>.

Dans la troisième partie, elles considèrent quelques améliorations législatives susceptibles d'établir un encadrement de l'autorité parentale leur apparaissant plus respectueux du rôle attendu des parents. À la lumière du droit comparé, notamment les lois de la Colombie-Britannique et du Nouveau-Brunswick, elles proposent d'élever à seize ans le droit pour le mineur de consentir à des soins médicaux et de prévoir l'obligation d'informer les parents quant au traitement envisagé. Si les parents s'y opposent, l'obtention d'un avis émis par un médecin serait nécessaire concernant la capacité du mineur de donner un consentement réel aux actes médicaux projetés. Elles rejoignent, sous cet aspect, les conclusions des lauréates du premier prix. Finalement, elles terminent en proposant la création d'un tribunal de la famille, une possibilité qui a souvent été discutée mais qui ne semble malheureusement pas devoir se concrétiser à court terme.

En abordant la question délicate de l'intervention croissante de l'État à l'égard de la famille, les lauréates du deuxième prix soulèvent une problématique complexe qui aurait mérité, à elle seule, un très long développement. Nul ne doute de la nécessité, pour le législateur, d'intervenir afin de protéger les membres les plus faibles de la famille. Toute la difficulté réside dans l'établissement d'un équilibre judicieux entre les droits des personnes concernées et les moyens à mettre en oeuvre pour y parvenir. Bien que les auteures Julie Bellemare et Mélanie Camiré n'apportent pas de solutions

---

11. *Ibid.* à la p. 122.

en tant que tel, elles ont au moins le mérite de susciter la réflexion sur cette épineuse question.

Le troisième prix a été remporté par deux étudiantes de l'Université d'Ottawa, Julie Quevillon et Emmanuelle Pedneau-Jobin. Leur texte, plus court que les deux autres, comprend deux parties. La première est consacrée aux rôles traditionnels de la famille, soit : la reproduction, le soutien et l'éducation. Le titre deux, plus intéressant, traite de l'autorité parentale, mais sous un jour très différent des autres lauréates. En effet, on y aborde la notion de parents psychologiques et le «droit» des couples homosexuels à fonder une famille. Il s'agit de deux sujets importants en droit familial puisqu'ils se situent au cœur de l'actualité. Le chapitre deux aborde la question habituelle de l'intérêt de l'enfant et de «l'atteinte progressive de son autonomie»,<sup>12</sup> mais d'une manière diamétralement opposée aux deux premières équipes. En effet, les auteures Quevillon et Pedneau-Jobin se montrent satisfaites des changements apportés par le législateur en ce qui concernent la capacité pour le mineur de consentir seul à certains actes médicaux. Elles terminent leur exposé par une brève présentation de la médiation familiale qui leur apparaît être «la voie de l'avenir»<sup>13</sup> en matière familiale.

À la lecture des trois textes, on constate une certaine similitude dans l'approche adoptée par les équipes gagnantes du premier et du deuxième prix. L'intérêt principal de ces deux textes est de soulever une question devenue presque taboue à l'heure actuelle, accorde-t-on trop de droits aux mineurs au détriment des titulaires de l'autorité parentale? Dans les deux cas, les auteures concluent que oui et proposent un retour en arrière. Cette proposition s'inscrit à l'encontre de la tendance juridique actuelle où l'on n'hésite plus à parler de «l'acquisition graduelle de la capacité chez le mineur»<sup>14</sup>. Or, on ne peut faire l'économie d'un débat à ce chapitre et les arguments soulevés méritent réflexion. Par ailleurs, il est un peu déplorable qu'elles aient limité leurs analyses à la famille traditionnelle. Ceci est, à notre avis, le point fort du troisième texte qui se caractérise par une approche plus large du réseau familial. En abordant des thèmes comme la protection des droits des concubins, la

---

12. *Ibid.* à la p. 175.

13. *Ibid.* à la p. 185.

14. M. Ouellette, *La réforme du Code civil*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993 à la p. 91.

«famille» constituée de deux partenaires du même sexe, la médiation familiale, etc, les lauréates du troisième prix traitent les problématiques actuelles de la place de la famille en droit québécois. Toutefois, la présentation se limite plus à une description de cette nouvelle réalité familiale plutôt qu'à une véritable analyse de la situation. En effet, il aurait été intéressant que les auteures poussent un peu plus loin leur raisonnement et justifient un peu mieux leurs positions. Il s'agit d'un élément expliquant sans doute la troisième place qui leur a été accordée.

D'une manière générale les trois textes sont très satisfaisants. La structure de l'ouvrage est adéquate et la lecture en est agréable. En conclusion, on peut dire que ce volume constitue un outil de réflexion et de référence intéressant et utile pour ceux et celles qui s'intéressent à l'avenir de la famille et à la place qu'on doit lui accorder au sein de la société québécoise.